



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.246.480 - SP (2011/0047365-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**RECORRENTE** : **WALBERT INDUSTRIA E COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA**  
**ADVOGADO** : **GUSTAVO BARROSO TAPARELLI E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCURADOR** : **ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)**

### **EMENTA**

**TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 2º, § 7º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68 E AO ART. 13, § 1º, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. CÁLCULO POR DENTRO. LEGALIDADE. ART. 166 DO CTN. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF.**

1. É de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. O entendimento dessa Corte Superior é pacífico no sentido de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo, portanto, legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96.
3. Revela-se inadmissível o recurso especial quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF, por analogia).
4. Ademais, reconhecida a legitimidade do cálculo do ICMS na modalidade nominada "por dentro", fica prejudicada eventual análise acerca da aplicabilidade ou não do art. 166 do CTN, pois inexistente crédito a ser aproveitado.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2011.

**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.246.480 - SP (2011/0047365-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**RECORRENTE** : WALBERT INDUSTRIA E COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA  
**ADVOGADO** : GUSTAVO BARROSO TAPARELLI E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROCURADOR** : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Trata-se de recurso especial interposto por Walbert Industrial e Comércio de Brinquedos Ltda, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado da seguinte forma (fl. 362):

TRIBUTÁRIO. ICMS. Pretensão de eximir-se do recolhimento pelo cálculo da atual sistemática (cálculo "por dentro"), inquinada de inconstitucional. INADMISSIBILIDADE. Matéria disciplinada pelo art. 2º, § 7º, do Decreto-Lei 406/68, recepcionada pela CF, repetida pelo Convênio 66/88 (art. 14) e Lei 6.374/89 (art. 33). Recurso desprovido.

Apresentados embargos de declaração, esses foram rejeitados.

Alega a parte recorrente violação ao art. 535 do CPC, ao art. 166 do CTN, ao art. 2º, § 7º, do Decreto-Lei nº 406/68 e ao art. 13, §1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96. Sustenta: (i) que o Tribunal *a quo* foi omissivo ao não se manifestar acerca do art. 166 do CTN; (ii) que *"para fins de arrecadação do ICMS a base de cálculo é o valor da operação mercantil, ou seja, o da mercadoria em si, não pode ser acrescido à base de cálculo o valor do imposto estadual, uma vez que o valor do ICMS é repassado para o Estado"* (fls. 417). Apresenta dissídio jurisprudencial acerca do art. 166 do CTN.

Nas contrarrazões (fls. 437/458), a Fazenda do Estado de São Paulo aduz: (i) a ausência de prequestionamento; (ii) em relação à alínea "c", que não foi realizada a demonstração analítica da suposta divergência; (iii) que *"o ICMS é calculado sobre o valor da operação que, como todo e qualquer preço, pago por todo e qualquer consumidor, por toda e qualquer*



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*mercadoria, inclui o tributo em sua própria base de cálculo" (fls. 443).*

É o relatório.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.246.480 - SP (2011/0047365-4)**

### **EMENTA**

**TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 2º, § 7º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68 E AO ART. 13, § 1º, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. CÁLCULO POR DENTRO. LEGALIDADE. ART. 166 DO CTN. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF.**

1. É de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. O entendimento dessa Corte Superior é pacífico no sentido de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo, portanto, legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96.
3. Revela-se inadmissível o recurso especial quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF, por analogia).
4. Ademais, reconhecida a legitimidade do cálculo do ICMS na modalidade nominada "por dentro", fica prejudicada eventual análise acerca da aplicabilidade ou não do art. 166 do CTN, pois inexistente crédito a ser aproveitado.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

### **VOTO**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Trata-se de recurso especial interposto por Walbert Industrial e Comércio de Brinquedos Ltda contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação, mantendo a sentença do Juízo de Primeira Instância, que julgou improcedente o pedido determinando que o ICMS seja recolhido com a inclusão do valor do aludido imposto na sua própria base de cálculo.

Primeiramente, não se pode conhecer da apontada violação ao art. 535 do CPC. É de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao mérito, o recurso não merece melhor sorte.

É que o entendimento dessa Corte Superior é pacífico no sentido de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo, portanto, legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96. Nesse sentido:

**PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. "CÁLCULO POR DENTRO". LEGALIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (AgRg no REsp 1135829/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 24/02/2011)

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, II, E 535, II, DO CPC. ICMS. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS POR EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS REALIZADA APÓS A EC 33/2001. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. CÁLCULO POR DENTRO. LEGALIDADE.**

[...]

3. A jurisprudência pacífica desta Corte considera legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1248264/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 30/06/2010)

**TRIBUTÁRIO – PROCESSO CIVIL – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – CONVÊNIO ICMS 66/88 – ART. 7º, § 2º, DECRETO-LEI 406/68 – CÁLCULO POR DENTRO – LEGALIDADE – PRECEDENTES – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.**

1. O ICMS tem por base de cálculo o valor da operação mercantil ou da prestação de serviços, em cuja composição encontra-se o valor do próprio tributo, nos termos do art. 13, § 1º, I, da Lei Complementar 87/96 e art. 2º, § 7º, do Decreto-lei 406/68. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas.

2. Divergência jurisprudencial não conhecida ante a ausência de cotejo analítico.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 1041098/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 21.8.2009)

**TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO "POR DENTRO". VALIDADE.**

1. A jurisprudência do STF e do STJ reconhece a validade da inclusão do montante do ICMS em sua própria base de cálculo (cálculo "por dentro" – art. 155, § 2º, XII, "i", da CF e art. 13, § 1º, I, da LC 87/1996).

2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 704881/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15/12/2009, DJe 18/12/2009)

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO POR DENTRO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OFENSA. ALÍNEA B. ALEGAÇÃO DE INVALIDADE DE LEI ESTADUAL EM FACE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.**

[...]

3. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido da validade do cálculo do ICMS na modalidade nominada "por dentro", que inclui na base de cálculo o imposto cobrado na operação anterior.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1093386/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 2.4.2009)

No que se refere à alegada afronta ao art. 166 do CTN, verifica-se que o Tribunal de origem em nenhum momento afirmou que a regra contida no artigo referido obsta o pedido de aproveitamento extemporâneo de créditos de ICMS, em virtude da suposta ilegalidade/inconstitucionalidade da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo (tese que nem sequer encontra amparo na jurisprudência deste Tribunal). Nesse contexto, mostra-se deficiente a fundamentação recursal. Aplica-se, por analogia, o óbice contido na Súmula 284/STF: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."*

No que se refere ao alegado dissídio jurisprudencial, acerca do disposto no art. 166 do CTN, não houve o cotejo analítico entre os acórdãos paradigmas e a decisão impugnada, na forma que determinam os arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ, até porque não há similitude fática entre os casos confrontados.

Ademais, reconhecida a legitimidade do cálculo do ICMS na modalidade nominada "por dentro", fica prejudicada eventual análise acerca da aplicabilidade ou não do art. 166 do CTN, pois inexistente crédito a ser aproveitado.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0047365-4      **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.246.480 / SP**

Números Origem: 53040025660 5337555 5337555701

PAUTA: 14/06/2011

JULGADO: 14/06/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : WALBERT INDUSTRIA E COMERCIO DE BRINQUEDOS LTDA  
ADVOGADO : GUSTAVO BARROSO TAPARELLI E OUTRO(S)  
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PROCURADOR : ÉRICA UEMURA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.