



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1542648 - MG (2015/0167302-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A**
ADVOGADOS : **RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486**
 : **LUIZ FERNANDO SACHET E OUTRO(S) - SC018429**
AGRAVADO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **LUCIANA TRINDADE FOGAÇA E OUTRO(S) - MG084044**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA DE COMBUSTÍVEIS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. DESTINAÇÃO À INDUSTRIALIZAÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS CONSTITUTIVAS DO DIREITO. ÔNUS DA PARTE AUTORA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO PRÓPRIO TRIBUTO. LEGALIDADE.

1. Não há violação dos arts. 128, 458 e 535 do CPC/1973, quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. A autorização legal para o magistrado determinar as provas que entende necessárias (art. 130 do CPC/1973 e art. 370 do CPC/2015) é uma faculdade em prol da efetividade do processo, e não um dever de agir de ofício. E, não obstante essa faculdade, não compete ao magistrado substituir a parte autora no ônus de fazer prova do fato constitutivo de seu direito, mormente na hipótese de a produção da prova nunca ter sido requerida pela parte interessada. Quanto ao tema, o órgão julgador *a quo* consignou ter ocorrido preclusão para o requerimento de produção de prova e essa premissa não pode ser alterada na via do recurso especial, em razão dessa providência depender do reexame fático-probatório.

3. Além de não devidamente prequestionados o art. 460 do CPC/1973 (Súmula 282 do STF), percebe-se que o órgão julgador *a quo* decidiu a controvérsia com apoio nos fundamentos que entendeu relevantes e suficientes, rejeitando, de consequência, a tese autoral, o que não revela violação *citra* ou *extra petita*, mas simples juízo interpretativo do contexto fático-normativo.

4. Conforme tese firmada em recurso repetitivo pela Primeira Seção, “o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito” (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009). Essa regra deve ser observada, também, quanto ao ICMS, ainda que retido e recolhido por substituição tributária. E, no caso, está consignado no acórdão recorrido a ausência de recolhimento do tributo devido, o

que atrai a regra do art. 173, I, do CTN.

5. A tese de violação dos arts. 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional não autoriza o conhecimento do recurso, pois, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior (Súmula 83 do STJ), eventual conclusão em sentido contrário só poderia ser alcançado mediante exame de prova, providência inadequada no recurso especial (Súmula 7 do STJ).

6. Pacífica é a orientação deste Tribunal Superior pela inclusão do ICMS na base de cálculo do ICMS-ST, tendo em vista essa sistemática estar em conformidade com o disposto nos arts. 8º e 13 da LC n. 87/1996.

7. Este Tribunal tem reconhecido a possibilidade de aquisição de combustíveis, na qualidade de insumo, gerar direito ao creditamento de ICMS. Não obstante, o Tribunal de Justiça, em observância às regras da Constituição Federal, da Lei Kandir e da Lei Estadual, ponderou que a não incidência do ICMS, quanto às operações de venda de combustíveis, dependeria da destinação do produto à sua própria comercialização ou industrialização (composição no processo industrial). E, nessa linha, atento ao conjunto probatório, verificou não haver provas quanto à destinação do combustível, embora tenham sido juntadas notas pelas sociedades empresariais adquirentes. O contexto delineado, portanto, não permite reconhecer a não incidência alegada pela recorrente, o que, em tese, só poderia ser feito com o exame de provas (Súmula 7 do STJ).

8. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 19 de outubro de 2020.

Ministro Benedito Gonçalves
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1542648 - MG (2015/0167302-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A**
ADVOGADOS : **RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486**
: **LUIZ FERNANDO SACHET E OUTRO(S) - SC018429**
AGRAVADO : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROCURADOR : **LUCIANA TRINDADE FOGAÇA E OUTRO(S) - MG084044**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA DE COMBUSTÍVEIS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. DESTINAÇÃO À INDUSTRIALIZAÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS CONSTITUTIVAS DO DIREITO. ÔNUS DA PARTE AUTORA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO PRÓPRIO TRIBUTO. LEGALIDADE.

1. Não há violação dos arts. 128, 458 e 535 do CPC/1973, quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. A autorização legal para o magistrado determinar as provas que entende necessárias (art. 130 do CPC/1973 e art. 370 do CPC/2015) é uma faculdade em prol da efetividade do processo, e não um dever de agir de ofício. E, não obstante essa faculdade, não compete ao magistrado substituir a parte autora no ônus de fazer prova do fato constitutivo de seu direito, mormente na hipótese de a produção da prova nunca ter sido requerida pela parte interessada. Quanto ao tema, o órgão julgador *a quo* consignou ter ocorrido preclusão para o requerimento de produção de prova e essa premissa não pode ser alterada na via do recurso especial, em razão dessa providência depender do reexame fático-probatório.

3. Além de não devidamente prequestionados o art. 460 do CPC/1973 (Súmula 282 do STF), percebe-se que o órgão julgador *a quo* decidiu a controvérsia com apoio nos fundamentos que entendeu relevantes e suficientes, rejeitando, de consequência, a tese autoral, o que não revela violação *citra* ou *extra petita*, mas simples juízo interpretativo do contexto fático-normativo.

4. Conforme tese firmada em recurso repetitivo pela Primeira Seção, “o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito” (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009). Essa regra deve ser observada, também, quanto ao ICMS, ainda que retido e recolhido por substituição tributária. E, no caso, está consignado no acórdão recorrido a ausência de recolhimento do tributo devido, o

que atrai a regra do art. 173, I, do CTN.

5. A tese de violação dos arts. 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional não autoriza o conhecimento do recurso, pois, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior (Súmula 83 do STJ), eventual conclusão em sentido contrário só poderia ser alcançado mediante exame de prova, providência inadequada no recurso especial (Súmula 7 do STJ).

6. Pacífica é a orientação deste Tribunal Superior pela inclusão do ICMS na base de cálculo do ICMS-ST, tendo em vista essa sistemática estar em conformidade com o disposto nos arts. 8º e 13 da LC n. 87/1996.

7. Este Tribunal tem reconhecido a possibilidade de aquisição de combustíveis, na qualidade de insumo, gerar direito ao creditamento de ICMS. Não obstante, o Tribunal de Justiça, em observância às regras da Constituição Federal, da Lei Kandir e da Lei Estadual, ponderou que a não incidência do ICMS, quanto às operações de venda de combustíveis, dependeria da destinação do produto à sua própria comercialização ou industrialização (composição no processo industrial). E, nessa linha, atento ao conjunto probatório, verificou não haver provas quanto à destinação do combustível, embora tenham sido juntadas notas pelas sociedades empresariais adquirentes. O contexto delineado, portanto, não permite reconhecer a não incidência alegada pela recorrente, o que, em tese, só poderia ser feito com o exame de provas (Súmula 7 do STJ).

8. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se agravo interno de COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S/A contra decisão que, com apoio em entendimento jurisprudencial e nas Súmulas 7 e 83 do STJ e 282 do STF, não conheceu de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÕES CÍVEIS - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CERCEAMENTO DE DEFESA E NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - PRELIMINARES REJEITADAS - DECADÊNCIA - AFASTADA - INCIDÊNCIA DE ICMS/ST EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE ENTRADA DE LUBRIFICANTES DERIVADOS DE PETRÓLEO NÃO DESTINADOS À COMERCIALIZAÇÃO E À INDUSTRIALIZAÇÃO DO PRÓPRIO PRODUTO - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DEVIDO - BASE DE CÁLCULO - VALOR DA OPERAÇÃO DE QUE DECORRER A ENTRADA DOS PRODUTOS, NELE INCLUÍDO O MONTANTE DO PRÓPRIO IMPOSTO - PREVISÃO LEGAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - LEGALIDADE - MONTANTE - DUPLICIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 56, § 2º, I, DA LEI 6.763/75.

- Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, cujo recolhimento sequer fora efetuado, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao que poderia ter sido realizado o lançamento, e encerra-se quando o contribuinte toma ciência de que há uma obrigação tributária em seu desfavor, o que ocorre por intermédio da notificação do auto de infração.

- Tendo a Fazenda Pública Estadual notificado o contribuinte da lavratura do auto de infração antes de decorrido o prazo quinquenal a que alude o art. 173, inciso I, do CTN, não há que falar em decadência do direito de constituir o

crédito tributário.

- Segundo legislação pertinente, não incide ICMS quando da entrada de combustíveis líquidos ou gasosos e lubrificantes derivados de petróleo (decorrente de operação interestadual), destinados à industrialização ou à comercialização do próprio produto pelo destinatário. À míngua de prova de que o derivado do petróleo tenha sido industrializado ou comercializado pela empresa adquirente, rejeita-se os embargos à execução e mantém-se a autuação fiscal.

- A base de cálculo para a tributação na entrada em Minas Gerais de lubrificantes e combustíveis oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto, é o valor da operação de que decorrer a entrada, nele integrado o montante do próprio imposto.

- Conforme disposto no art. 56, §2º, inciso I, da Lei 6.763/75, o valor da multa de revalidação será em dobro quando se tratar de não retenção e recolhimento do imposto devido em decorrência de substituição tributária.

A parte agravante sustenta, em síntese (fls. 827/849):

Com o devido respeito, a r. decisão agravada deve ser reformada por esta e. Corte de Justiça, uma vez que houve evidente violação ao arts. 128, 130, 165, 458, 460 e 535, I e II do CPC/73; arts. 150, § 4º e 156, inciso V, do CTN; arts. 2º, § 1º, III e 3º, III, art. 8º, II, "a" e § 5º da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir); bem como não se aplica ao caso as Súmula 282 do STF e Súmula 7 e 83 do STJ.

[...]

Se há dúvida sobre a destinação dos óleos lubrificantes (a qual não foi, no entendimento da Corte, afastada pelas declarações de fls. 104/109), não é possível adotar como premissa de que as referidas mercadorias não foram destinadas à industrialização, razão pela qual se fazia imperativo o acolhimento dos Embargos de Declaração para sanar tal contradição.

[...]

Ao contrário do defendido pelo D. Relator, a violação do referido artigo demonstra-se evidente em decorrência da discussão acerca da não incidência do ICMS nas operações interestaduais com lubrificantes derivados de petróleo destinados à industrialização (aplicação do art. 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/1996). Isso porque a Agravante, em seu Recurso de Apelação e nos Memoriais devidamente juntados aos autos antes de iniciado o julgamento em Segunda Instância, demonstrou juridicamente que o Juízo da Primeira Instância (inclusive na linha dos precedentes jurisprudenciais do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), ao identificar a necessidade de dilação probatória para a formação de seu convencimento, não somente poderia, mas, verdadeiramente, deveria ter adotado todas as medidas necessárias à produção das provas, na medida em que o Juízo é destinatário daquelas, nos exatos termos preconizados pela vigente legislação processual.

[...]

Ocorre que, assim como a anterior, referida súmula igualmente não se aplica ao caso concreto, tendo em vista que a lógica intrínseca do ICMS permite afirmar, sem maiores esforços, que o contribuinte desse imposto nem sempre terá, efetivamente, um valor a recolher de ICMS, já que está submetido a um cálculo de “encontro de contas” relativas às entradas e saídas de mercadorias e possíveis créditos ao invés de débitos.

Dessa forma, o que se quer demonstrar é que, tendo os fatos ocorridos e sendo

os mesmos devidamente documentados e registrados, como de fato foram, o que não foi objeto de questionamento nos presentes autos, deve-se reconhecer que os mesmos já se encontravam disponíveis para a homologação pela Fazenda desde a sua ocorrência, sendo inaplicável, portanto, o prazo previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional. Ou seja, o referido entendimento suscitado pelo MM. Magistrado na decisão recorrida, não se aplica ao presente caso concreto.

[...]

O e. Tribunal a quo decidiu que o ICMS não incide nas operações interestaduais relativas a lubrificantes apenas e tão somente quando se verificar a industrialização do próprio produto, o que, no entendimento da ora Agravante, viola frontalmente o disposto nos arts. 2º, § 1º, III e 3º, III, da Lei Complementar nº 87/1996.

[...]

Conforme demonstrado no recurso especial desprovido, em momento algum a Lei Complementar nº 87/1996 condiciona a não incidência do ICMS à industrialização do próprio produto objeto de circulação [...] Em verdade, o procedimento prestigiado pelo v. acórdão de fls. 444/462, integrado pelo v. acórdão de fls. 474/479, e reiterado pela decisão ora recorrida, configura indevido arbitramento do valor da base de cálculo, pois despreza o preço da mercadoria e desconsidera o negócio jurídico realizado entre as partes, para encontrar base de cálculo do ICMS superior à estabelecida pela legislação, em flagrante violação ao art. 8º da Lei Complementar nº 87/1996, ao Convênio ICMS nº 03/1999 e, por fim, aos arts. 150, inciso I e 146, inciso III, da Constituição Republicana.

Impugnação apresentada pelo ESTADO DE MINAS GERAIS (fls. 853/856).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ).

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a conclusão da decisão agravada deve ser mantida.

Como anotado na decisão ora impugnada, em fevereiro de 2009, Esso Brasileira de Petróleo Limitada opôs embargos à execução fiscal ajuizada pelo Estado de Minas Gerais para a cobrança de débito de ICMS-ST.

Defendeu: i) decadência; ii) desnecessidade de recolhimento do ICMS, tendo em vista a operação de venda destinar combustíveis ao processo industrial das sociedades empresárias adquirentes, como matéria-prima; iii) ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do ICMS-ST, tendo em vista a base de cálculo deste não se assemelhar à daquele (a base de cálculo seria o valor da operação/preço de aquisição); e iv) inconstitucionalidade, em razão da natureza confiscatória, da “multa de revalidação” de 100% do crédito tributário não retido.

No primeiro grau de jurisdição, julgou-se procedente somente o pedido de redução da multa para 50% do valor do imposto (fls. 230/242).

Em sede de apelação e remessa necessária, o Tribunal de Justiça reformou a sentença para rejeitar, integralmente, os embargos do devedor. Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 444/446):

Trata-se de embargos à execução opostos por Esso Brasileira de Petróleo Limitada contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em que pretende a extinção do executivo fiscal.

Esclarece que ajuizada execução fiscal, fundada no PTA/ CDA n. 01.000157201-42, em decorrência do não recolhimento do ICMS/ST devido pelas subseqüentes operações com lubrificantes e outros produtos derivados ou não do petróleo destinados à comercialização, e devido pela entrada em território mineiro de lubrificantes derivados de petróleo não destinados à comercialização nem a industrialização do próprio produto, Informa que a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes decidiu pela parcial procedência do lançamento e pela exclusão da multa isolada.

Assevera que o Fisco decaiu do direito de constituir os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos no período de junho a novembro de 2002, eis que transcorrido mais de cinco anos até o lançamento de ofício, realizado em 14/12/2007. Sustenta que o item n. 2 do auto de infração refere-se à operação de venda de lubrificante destinado à industrialização, considerado, portanto, insumo, pelo que não há incidência de ICMS nos termos do art. 2º, §1º, III, da LC 87/96.

Pondera que a base de cálculo para fins de substituição tributária é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, sendo indevida a aplicação da IN SLT n. 01/03 que, ao dispor de forma contrária, ofende o princípio da hierarquia das leis.

Contesta o valor da multa de revalidação, correspondente a 100% do imposto devido, afirmando possuir caráter confiscatório. Argumenta que sobre o crédito tributário reconhecido na via administrativa não incide honorários da Procuradoria.

Requer a procedência dos embargos.

Em impugnação aos embargos, a Fazenda Estadual aduz que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, visto existir divergência quanto aos procedimentos adotados pelos contribuintes. Conclui que não há falar em decadência do direito de lançar. Disserta sobre a legalidade da autuação. Assevera que o benefício da não incidência do ICMS nas vendas destinadas à industrialização é concedido ao Estado de destino e não aos contribuintes, como pretende fazer prevalecer o embargante.

Afirma que a não incidência ocorre quando o adquirente comercializa ou industrializa os derivados de petróleo, não sendo esse o caso dos autos. Pondera que a base de cálculo reside no valor da operação de que decorrer a entrada dos produtos, incluído o montante do próprio tributo. Aduz a legalidade da multa aplicada e pede a improcedência dos embargos. Em sentença, o MM Juiz singular julgou parcialmente procedente os embargos, apenas para reduzir a multa para 50% do valor do imposto, conforme sentença de fls. 208/214.

Opostos embargos de declaração por ambas as partes às fls. 252/256 e 350/352, os quais foram inteiramente rejeitados às fls. 257 e 353.

Inconformado, o embargante interpõe recurso de apelação.

Em preliminar, pede a nulidade da sentença por violação ao art. 535 do CPC, eis que não tecidas considerações sobre questões essenciais ao deslinde da controvérsia. Aventa preliminar de cerceamento de defesa já que necessária prova pericial a fim de definir a destinação dos óleos lubrificantes fornecidos às empresas adquirentes.

No mérito, argumenta a decadência parcial do débito; a isenção prevista no art. 3º, III, da LC 87/96; e a impossibilidade de inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do ICMS/ST. Pede que a multa de revalidação seja novamente reduzida.

Também insatisfeita, a Fazenda Pública Estadual apela e pede a reforma da sentença para restaurar a penalidade aplicada, tendo em vista que de acordo com o art. 56, II, § 2º, da Lei 6.763/75.

Contrarrazões às fls. 362/392 e fls. 394/400, pelo Estado e pela Esso (também denominada Cosan), respectivamente.

É o relatório.

Admissibilidade

Atentando-se para o disposto no art. 475, II, do CPC, e considerando que a dívida ativa ora executada ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos, conheço do reexame necessário. Também conheço dos recursos voluntários, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminares

Negativa de prestação jurisdicional

A embargante, inicialmente denominada Esso Brasileira de Petróleo Limitada e agora Cosan Lubrificantes e Especialidades S/A, pugna seja declarada nula a sentença por violação ao art. 535 do CPC.

Contudo, descabida a arguição, pois, a meu sentir, cabe ao Juiz apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não havendo qualquer obrigação de analisar todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a rebater, um a um, todos os argumentos por elas levantados.

Desse modo, entendendo a parte que o deslinde dado à causa poderia ser outro caso se aplicasse determinado entendimento, ou se analisasse a controvérsia sobre outra perspectiva, ou, ainda, se adotasse premissa diversa, o que representa nítida pretensão de reforma da decisão proferida, deve buscá-la por meio do recurso próprio.

Assim sendo, não há que falar em negativa da prestação jurisdicional, e, por conseguinte, em nulidade da sentença.

Cerceamento de defesa

Outrossim, a embargante sustenta que cerceado o seu direito de defesa porquanto não realizada prova pericial a fim de definir a destinação dos óleos lubrificantes fornecidos; se empregados no processo industrial ou se destinados ao consumo da própria empresa adquirente.

Todavia, data venia, não vislumbro qualquer nulidade por cerceamento de defesa, mas sim preclusão por inércia da embargante que, devidamente intimada para especificar provas, deixou de requerer o exame pericial, limitando-se a dizer - às fls. 142/143 - que os documentos juntados aos autos, aliado à ausência de impugnação por parte da Fazenda Pública Estadual, são suficientes para comprovar a destinação dos produtos, o que contradiz os próprios fundamentos levantados nas razões recursais.

Assim, indubitável que a parte teve oportunidade e tempo suficiente para requerer a produção de prova técnica visando confirmar as alegações e declarações feitas na inicial, mas, por desinteresse, quedou-se inerte. Logo, rejeito a preliminar aventada.

Prejudicial de mérito - Decadência

Segundo a embargante, entre a circulação de mercadorias, ocorrida no período de julho a novembro de 2002, e a constituição definitiva do crédito (14/12/2007) transcorreu mais de cinco anos, razão pela qual deve ser reconhecida a decadência.

Todavia sem razão.

É cediço que o lançamento por homologação ocorre nas hipóteses em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de apurar os pressupostos fáticos, a base de cálculo e antecipar o pagamento da exação, independentemente de qualquer análise prévia da autoridade administrativa.

Assim, compete ao contribuinte auxiliar o Fisco na atividade do lançamento, cumprindo os deveres que lhe foram impostos pela lei, principalmente, o pagamento do tributo, reservando-se à Fazenda Pública o dever de homologar, tácita ou expressamente, a atividade exercida pelo obrigado.

Apurada a materialidade do fato gerador e realizado o respectivo pagamento, sem resultar em tributo a pagar, a função administrativa cingir-se-á à homologação de atos do sujeito passivo, visando um controle de legalidade do procedimento adotado pelo contribuinte.

Desse modo, concluo que, havendo o recolhimento da exação nos termos determinados pela legislação de regência, o prazo decadencial para a homologação do procedimento do contribuinte é de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Em contrapartida, constatada a omissão do contribuinte ou a sua inexecução no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, caberá à Fazenda Pública, de ofício e dentro do interregno de cinco anos, a formalização da obrigação tributária e a constituição do crédito mediante a efetuação do lançamento, pena de perda do direito subjetivo de exigir a prestação tributária.

Nesse caso, nada se tem a homologar, eis que inexistentes ou insuficientes as providências conferidas ao contribuinte, sendo exigida da autoridade administrativa a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e a notificação do sujeito passivo para pagar o débito tributário.

Assim, afastando-se a hipótese de homologação e aplicando-se as disposições concernentes ao lançamento de ofício, torna-se imperiosa a contagem do prazo decadencial com base no art. 173, I, do CTN, segundo o qual o termo inicial é o primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao que poderia ter sido realizado o lançamento.

[...]

No caso presente, cuida-se de execução fiscal referente à cobrança de ICMS proveniente de débito de alguns meses de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

Constatado o não recolhimento da exação, em regime de substituição tributária, em desconformidade com a legislação de regência, foi efetuado o lançamento de ofício pela administração fazendária, mediante a lavratura do auto de infração n. 01.000157201.42, cuja notificação do contribuinte se deu em 17 de dezembro de 2007, segundo afirmou o próprio embargante (fl. 56).

Na oportunidade, saliento que me filio ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a notificação do contribuinte acerca do lançamento ou com a sua intimação após a lavratura do auto de infração. [...]

De se concluir, então, que a lavratura do auto de infração, com a regular intimação do contribuinte sobre a decisão administrativa alcançada no PTA,

consoma o lançamento do crédito tributário e encerra a contagem do prazo decadencial.

Desse modo, iniciada a contagem no primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao que poderia ter sido realizado o lançamento, ou seja, em 1º de janeiro de 2003, e, tendo a Fazenda Pública Estadual notificado a empresa executada da lavratura do auto de infração antes de decorrido o prazo quinquenal a que alude o art. 173, I, do CTN, o qual se findaria em 31 de dezembro de 2007, não há falar em decadência do direito de constituir o crédito tributário.

Dito isso, rejeito a arguição de decadência levantada em preliminar pelo primeiro apelante e passo a analisar as demais questões que permeiam o mérito dos presentes embargos à execução fiscal.

Mérito Recursal

Incidência do ICMS/ST em operações interestaduais.

Cinge-se a controvérsia dos autos em analisar a legalidade da autuação fiscal decorrente da não retenção e recolhimento do ICMS/ST incidente nas operações de entrada, em território mineiro, de lubrificantes derivados de petróleo não destinados à comercialização, tampouco à industrialização do próprio produto.

E, penso que os argumentos esposados pela empresa autuada são insuficientes para tornar inexigível o crédito tributário, eis que ausente respaldo jurídico e legal.

De início, confira-se o disposto na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais (Lei Complementar nº 87/96 e Lei nº 6.763/75):

Constituição Federal

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual; (...)

X - não incidirá: (...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

b) dispor sobre substituição tributária;

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (...)

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;

LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 3º imposto não incide sobre: (...)

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização; (...)

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado. (...)

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação. (...)

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente. (...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;

LEI Nº 6.763/75

Art. 3º - Os impostos de competência do Estado são os seguintes:

I - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS);

Do Fato Gerador

Da Incidência

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º - O imposto incide sobre: (...)

4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto; (...)

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto: (...)

VII - no recebimento, por destinatário situado em território mineiro, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

Destaquei.

Nota-se que a legislação em vigor estabelece, de forma exaustiva, a não incidência de ICMS quando da entrada de combustíveis líquidos ou gasosos e lubrificantes derivados de petróleo (decorrente de operação interestadual), destinados à industrialização ou à comercialização do próprio produto pelo destinatário.

Importante registrar, aqui, que, ao julgar o RE 198.088, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a hipótese de não incidência do ICMS, veiculada no art. 155, § 2º, inciso X, alínea "b" da Constituição Federal de 1988, prevista para operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, é benefício fiscal que não foi instituído em prol do contribuinte, seja consumidor, ou não, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá a totalidade do ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

Desse modo, a obrigação de reter e recolher o ICMS/ST depende da verificação da destinação dada ao derivado do petróleo, se submetido à industrialização ou comercialização, a ponto de representar uma transformação física ou química do próprio produto, ou se inserido, da mesma forma que recebido, na linha de produção do adquirente, mesmo que para a industrialização de outro bem, o que ensejaria o seu enquadramento como "consumidor final", sujeitando-se à tributação pertinente.

Aliás, esclarecedor o voto da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, relatora do acórdão n. 21.303/14/3ª, que, ao julgar procedente a imputação fiscal por falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST em operações com

produtos derivados de petróleo, assim consignou:

Constata-se, pois, que o ICMS incidirá sobre a entrada no território mineiro de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não forem destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto, o que é o caso de todas as operações relativas às exigências deste item do lançamento, tendo em vista que as empresas adquirentes de tais produtos não comercializam e nem industrializam o próprio produto derivado de petróleo.

A Impugnante tenta demonstrar que há industrialização do próprio produto. Contudo, as provas dos autos conduzem à conclusão de que os adquirentes não fazem nenhum tipo de transformação nos produtos que recebem da Impugnante, mas apenas os inserem, da mesma forma que recebidos, repita-se sem qualquer transformação física ou química, em seus próprios produtos.

(...)

Todavia, a norma ínsita no art. 3º, inciso III da Lei Complementar n.º 87/96 tem como escopo evitar que os Estados produtores de petróleo sejam excessivamente beneficiados com a venda do mencionado bem. Assim, o referido dispositivo deve ser interpretado no sentido de que somente não haverá incidência do ICMS, nas operações interestaduais relativas a petróleo e seus derivados, quando destinados à industrialização deles mesmos.

Havendo utilização dos referidos produtos para industrialização de outro bem, há incidência do imposto.

Tal entendimento encontra guarida em várias decisões judiciais. [...]

In casu, malgrado apresentada declarações emitidas pelas empresas adquirentes da mercadoria no sentido de que o produto seria destinado à industrialização (fls. 104/109), isso, por si só, não é suficiente para a caracterização da hipótese de não incidência da exação, fazendo-se necessária prova contundente e inequívoca a este respeito.

Assim, penso que a embargante não se desincumbiu do ônus de comprovar que o óleo lubrificante fornecido (produto derivado do petróleo) foi submetido à processo de industrialização, passando por uma transformação física ou química, a ensejar o não enquadramento das empresas adquirentes como "consumidoras finais" e a desconstituição do título executivo, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC, razão pela qual deve ser confirmada a autuação fiscal.

Base de cálculo

Sustenta a embargante a impossibilidade de inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do ICMS/ST.

Contudo, descabida a arguição.

Ora, tanto a LC n.º 87/1996, quando a Lei Estadual n.º 6.763/1975, estabelecem que a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação de que decorrer a entrada da mercadoria, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente (contribuinte por substituição), in verbis:

LC n.º 87/1996

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Lei Estadual nº 6.763/75

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

IX - no recebimento pelo destinatário, situado em território mineiro, de energia elétrica e de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, o valor da operação de que decorrer a entrada, nele incluídos todos os custos ou encargos assumidos pelo remetente ou destinatários.

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Destaquei.

Logo, depreende-se desses dispositivos, que a base de cálculo para a tributação na entrada em Minas Gerais de lubrificantes e combustíveis oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto, é o valor da operação de que decorrer a entrada, nele integrado o montante do próprio imposto, como procedeu a Fiscalização.

Assim, ao contrário do afirmado pela empresa autuada, o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo, sob pena de violação à regra da não cumulatividade, vez que o contribuinte se valeria de crédito referente ao montante cobrado nas operações anteriores, cuja base de cálculo considerou o valor do próprio imposto, o que, por óbvio, implicaria em arrecadação inferior e aproveitamento indevido pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Diante disso, afasta-se qualquer afirmação no sentido de que a Instrução Normativa 01/2003 inova o ordenamento jurídico e, por conseguinte, ofende aos princípios constitucionais da legalidade e da hierarquia das leis, pois, como bem se vê, apenas repete o que dispõe a legislação complementar e ordinária.

Veja-se:

Art. 2º- Relativamente à hipótese de incidência de que trata o artigo anterior:

II - a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a entrada dos produtos, nesta incluída o montante do próprio imposto;

Desse modo, incontestável que a base de cálculo do ICMS/ST consiste no valor da operação de que decorrer a entrada dos produtos, nele incluídos os custos suportados, bem como o montante do próprio imposto.

Portanto, de se manter o auto de infração.

Multa de revalidação

Havendo previsão expressa na legislação de regência, legítima a cobrança perpetrada a título de multa pelo descumprimento de obrigação principal (não retenção e recolhimento do ICMS/ST).

Quanto à arguição de que a multa de revalidação aplicada é confiscatória, deve-se destacar que o dispositivo constitucional que trata do confisco destina-se exclusivamente aos tributos.

[...]

Assim sendo, não há falar em redução da penalidade por alegado perfil confiscatório.

Ademais, vale destacar que a legislação pertinente - Lei Estadual nº 6.763/75 - fixa o valor da multa em 50% do valor do imposto, contudo, majora a penalidade quando se tratar de não retenção e recolhimento do imposto devido em decorrência de substituição tributária, conforme estabelece o art. 56, § 2º, inciso I, verbis:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

E, considerando que a situação dos autos revela a não retenção e recolhimento do imposto devido em regime de substituição tributária, aplica-se a multa em dobro.

Diante disso, sem perder de vista o caráter sancionatório com o escopo de desestimular a inadimplência da obrigação tributária principal, entendo por adequada a sua imposição e razoável o seu valor, correspondente ao montante do imposto não recolhido tempestivamente, conforme disposto no artigo 53, III, c/c art. 56, §2º, I, da Lei nº 6.763/75.

Ante o exposto, em reexame necessário, reformo em parte a sentença apenas para manter o valor da multa de revalidação, na forma do artigo 53, III, c/c 56, § 2º, I, da Lei nº 6.763/75.

Prejudicados os recursos voluntários.

Os ônus sucumbenciais fixados na origem deverão ser inteiramente suportados pela embargante.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados sem acréscimo de fundamentação (fls. 518/524).

Pois bem.

Da tese de violação dos arts. 128, 458 e 535 do CPC/1973.

Não pode ser acolhida, pois o órgão julgador, de forma clara e coerente, externou fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

Da tese de violação do art. 130 do CPC/1973.

Não autoriza o conhecimento do especial.

A autorização legal para o magistrado determinar as provas que entende necessárias (art. 130 do CPC/1973 e art. 370 do CPC/2015) é uma faculdade em prol da efetividade do processo, e não um dever de agir de ofício. E, não obstante essa faculdade, não compete ao magistrado substituir a parte autora no ônus de fazer prova do fato constitutivo de seu direito, mormente na hipótese de a produção da prova nunca ter sido requerida pela parte interessada.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA E ACÓRDÃO IMPUGNADOS QUE ENTENDERAM SER DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA, NO CASO, DE REQUERIMENTO EXPRESSO DA PARTE AUTORA DE PRODUÇÃO DE PROVA TÉCNICA, TANTO NA INICIAL DA AÇÃO, NA QUAL FEZ PEDIDO GENÉRICO, COMO NA OPORTUNIDADE DA RÉPLICA À CONTESTAÇÃO. QUESTÃO DECIDIDA NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES COM FUNDAMENTO NA PROVA CARREADA AOS AUTOS DO PROCESSO, HAVIDA POR ADEQUADA E SUFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, ACOMPANHANDO O RELATOR, POR INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. O direito à prova é uma garantia processual relevantíssima, integrante do conceito de justo processo, e que não deve ser desconsiderada ou preterida; assim, as pretensões probatórias, em regra, devem ser analisadas com largueza pelo Juiz, de modo a conferir ao pronunciamento judicial a maior dose de certeza possível e desejável.
2. O Magistrado, todavia, não é refém das pretensões probatórias das partes, podendo - e mesmo devendo, em nome da celeridade do feito, da sua economia e do preceito da sua razoável duração - indeferir prontamente aqueles requerimentos evasivos, protelatórios ou desprovidos de razoabilidade, e mesmo julgar antecipadamente a lide, quando verificar que as questões fáticas em discussão acham-se efetivamente esclarecidas segundo os elementos probatórios já constantes dos autos.
3. Registre-se que o art. 130 do CPC consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Juiz é livre para apreciar as provas produzidas, bem como a necessidade de produção das que forem - ou não - requeridas pelas partes; não há, portanto, obrigatoriedade no acatamento de toda e qualquer pretensão probatória, pois tal postura ou atitude complacente incentivaria postulações descabidas e delongas desnecessárias e prejudiciais às soluções dos litígios, vindo em desfavor da própria jurisdição.
4. No caso em, apreço, a recorrente/autora não postulou qualquer prova específica na inicial, utilizando-se, nessa peça, de expressão genérica e muito comum nas petições inaugurais dos processos, aludindo, tão só, ao consagrado chavão que aponta os meios de prova que em direito são admissíveis; solicitou, ainda, fossem tomados de empréstimo, como prova importada, os documentos juntados pela autora na ação cautelar apensada. O pedido foi contestado pela ora recorrida, ocasião em que ficaram definidos os pontos controvertidos da lide, e, em réplica, a autora, igualmente não formulou qualquer pretensão de produção de prova pericial, quando é esta a oportunidade legal para especificar as que pretende, tendo em vista os elementos da contestação.
5. Da conjugação dos arts. 282, VI, 300 e 326 do CPC percebe-se que os requerimentos de prova devem ser feitos pelo autor, já na inicial e, pelo réu, no momento da contestação; admite-se que, após esta, quando definidos os pontos controvertidos da lide, outra oportunidade para a especificação de provas surja,

no que se convencionou chamar de réplica. O Juiz, pode, ainda, intimar as partes para especificarem provas, mas tal proceder não é obrigatório. O que não se admite é que a parte invoque a necessidade de realização de uma prova pericial, que jamais solicitou, apenas após a prolação da sentença que lhe foi desfavorável.

6. Na hipótese, o MM. Juiz de Direito entendeu estar devidamente instruído o feito, porquanto cuidava a questão de matéria exclusivamente de direito, com exaustiva prova literal de conhecimento comum, não reclamando a produção de perícia técnica, pois os documentos juntados aos autos foram suficientes para formar-lhe a convicção.

7. O acórdão impugnado referendou esse entendimento, aduzindo que o título em discussão, não apresentava qualquer vício e era suficiente para comprovar as assertivas da ré de que houve prestação de serviços cujos pagamentos não foram efetuados a tempo e modo; assim, a controvérsia posta nos autos encontrou solução a partir da análise do conjunto probatório, inviável de ser reapreciado no âmbito do Recurso Especial, a teor do Enunciado 7 da Súmula do STJ.

8. Recurso Especial não conhecido, cassando a eficácia da tutela cautelar antes deferida.

(REsp 1384971/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 31/10/2014)

No caso, o órgão julgador *a quo* consignou ter ocorrido preclusão para o requerimento de produção de prova e essa premissa não pode ser alterada na via do recurso especial, em razão dessa providência depender do reexame fático-probatório.

Da tese de violação do art. 460 do CPC/1973.

Além de não devidamente prequestionado o dispositivo legal (Súmula 282 do STF), percebe-se que o órgão julgador *a quo* decidiu a controvérsia com apoio nos fundamentos que entendeu relevantes e suficientes, rejeitando, de consequência, a tese autoral, o que não revela violação *citra* ou *extra petita*, mas simples juízo interpretativo do contexto fático-normativo.

Da tese de violação dos arts. 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional.

Também não autoriza o conhecimento do recurso, pois, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior (Súmula 83 do STJ), eventual conclusão em sentido contrário só poderia ser alcançado mediante exame de prova, providência inadequada no recurso especial (Súmula 7 do STJ).

De fato, conforme tese firmada em recurso repetitivo pela Primeira Seção, “o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito” (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

Essa regra deve ser observada, também, quanto ao ICMS, ainda que retido e recolhido por substituição tributária. E, no caso, está consignado no acórdão recorrido a ausência de recolhimento do tributo devido, o que atrai a regra do art. 173, I, do CTN.

A respeito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 436 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECADÊNCIA. ESCRITURAÇÃO MEDIANTE DOLO. ART. 173, I, DO CTN. ACÓRDÃO COINCIDENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ELEMENTO SUBJETIVO.

VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. MATÉRIA AFETA AO DIREITO LOCAL. REVISÃO. INVIABILIDADE. PEDIDO DE NULIDADE FUNDADA NO ESTATUTO DA OAB. IRRESIGNAÇÃO DEFICIENTE. JUROS DE MORA. LEI LOCAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL

[...]

A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada. Essa orientação também tem aplicação quando o pagamento parcial do tributo decorre de creditamento tido pelo fisco como indevido, hipótese dos autos. Precedentes.

No presente caso, a Corte estadual compreendeu que o creditamento indevido não foi realizado de boa-fé, reconhecendo que a situação dos autos se enquadra na hipótese de exceção à aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, relacionada com a existência de fraude, dolo ou simulação por parte do contribuinte, de forma que a revisão desse entendimento pressupõe reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante o veto contido na Súmula 7 do STJ.

[...]

10. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1179947/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 12/06/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 1022 DO CPC. INEXISTENTE. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO PARCIAL. TERMO INICIAL PARA LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO FISCO. FATO GERADOR. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de ausência de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN. Entretanto, no caso de pagamento antecipado, mesmo que a menor, e não havendo dolo ou fraude, a regra legal aplicável para decadência é a do art. 150, § 4º, do CTN. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 1810778/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 01/07/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A questão que envolve a natureza de insumo de combustíveis consumidos na atividade-fim da empresa, prestadora de serviços de telecomunicações e, bem assim, a interpretação do art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, quando dirimida a partir de argumentos de natureza eminentemente fática, não pode ser reexaminada por este Tribunal ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. É sabido e consabido que esta Corte, uma vez reconhecida a sucumbência recíproca, tem deixado ao juiz da execução, em liquidação de sentença, que mensure a proporção de êxito de cada uma das partes litigantes. Esse juízo de proporcionalidade somente será possível se a fixação da base de cálculo dos honorários observar um mesmo critério para autor e réu.

3. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, donde se deduz a não ocorrência, in casu, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1199262/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 09/11/2010)

Da tese de violação dos arts. dos arts. 2º, 3º e 8º da Lei Complementar n. 87/1996

De início, cumpre destacar pacífica orientação deste Tribunal Superior pela inclusão do ICMS na base de cálculo do ICMS-ST, tendo em vista essa sistemática estar em conformidade com o disposto nos arts. 8º e 13 da LC n. 87/1996. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. ICMS. DECADÊNCIA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE PRATICADA PELO CONTRIBUINTE. TERMO INICIAL DO PRAZO. ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOVAÇÃO RECURSAL. ICMS-ST. BASE DE CÁLCULO. "CÁLCULO POR DENTRO". LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto a alegada a decadência parcial da obrigação tributária a conclusão do acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que ocorre pagamento antecipado a menor, havendo fraude, o prazo decadencial rege-se pelas disposições do art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, será de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

2. Este Tribunal possui entendimento assente no sentido de que a aferição do preenchimento ou não dos requisitos da CDA demanda análise do suporte fático-probatório dos autos, providência essa vedada nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. A tese relativa ao cerceamento de defesa por negativa de produção de provas

não foi suscitada no recurso especial, caracterizando-se inovação recursal e tornando inviável a análise de matéria alegada apenas no âmbito de agravo interno.

4. A jurisprudência desta Corte assevera 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.

5. Essa mesma regra aplica-se para o ICMS substituição tributária, pois ainda que não haja referência expressa quanto a inclusão do ICMS em sua base de cálculo na modalidade substituição, não se pode extrair desse fato interpretação diversa daquela prevista no artigo 13 da Lei Complementar 87/96, que ao estabelecer regra geral não foi excluída pelo artigo 8º da mesma lei (que regulamenta a substituição tributária).

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1078194/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017)

Com relação à condição de industrialização do próprio produto, vejamos.

Este Tribunal tem reconhecido a possibilidade de a aquisição de combustíveis, na qualidade de insumo, gerar direito ao creditamento de ICMS. *Vide*, dentre outros: AgInt no AREsp 424.110/PA, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/02/2019; AgInt no REsp 1.208.413/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/05/2017; RMS 32.110/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/10/2010.

Não obstante, o Tribunal de Justiça, em observância às regras da Constituição Federal, da Lei Kandir e da Lei Estadual, ponderou que a não incidência do ICMS, quanto às operações de venda de combustíveis, dependeria da destinação do produto à sua **própria** comercialização ou industrialização (composição no processo industrial). E, nessa linha, atento ao conjunto probatório, verificou não haver provas quanto à destinação do combustível, embora tenham sido juntadas notas pelas sociedades empresariais adquirentes.

O contexto delineado, portanto, não permite reconhecer a não incidência alegada pela recorrente, o que, em tese, só poderia ser feito com o exame de provas.

O recurso especial, assim, não serve à pretensão da recorrente, consoante enuncia a Súmula 7 do STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 1.542.648 / MG
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2015/0167302-6

Número de Origem:

10024094820503003 48205031720098130024 0024082480690 10024094820503

Sessão Virtual de 13/10/2020 a 19/10/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A

ADVOGADOS : RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486

LUIZ FERNANDO SACHET E OUTRO(S) - SC018429

RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : LUCIANA TRINDADE FOGAÇA E OUTRO(S) - MG084044

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS - IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A

ADVOGADOS : RICARDO AZEVEDO SETTE - SP138486

LUIZ FERNANDO SACHET E OUTRO(S) - SC018429

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : LUCIANA TRINDADE FOGAÇA E OUTRO(S) - MG084044

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 19 de outubro de 2020