

07/08/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.097.998 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: ESSO BRASILEIRA DE PRETRÓLEO LIMITADA
ADV.(A/S)	: ROGERIO MOLLIKA
ADV.(A/S)	: PAULO SERGIO UCHOA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO
ADV.(A/S)	: LUCAS REZENDE MOSS
AGDO.(A/S)	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS/ST. Diferença entre o valor efetivamente designado e a quantia presumida do tributo. Complementação. Orientação do RE nº 593.849/MG-RG. Decreto Estadual nº 38.104/96 e do RICMS/96. Violação reflexa.

1. Em respeito à vedação do enriquecimento sem causa, deve-se complementar o ICMS diante da existência de diferença entre o valor do tributo designado no momento do cálculo do ICMS/ST e o montante efetivamente praticado na relação jurídica tributária, conforme orientação firmada no julgamento do RE nº 593.849/MG-RG.

2. É incabível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar o entendimento do Tribunal de origem acerca da aplicabilidade, no presente feito, do Decreto Estadual nº 38.104/96 e do RICMS/96 para fins de complementação do recolhimento do ICMS em substituição tributária. A ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo.

3. Agravo regimental não provido.

4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça.

RE 1097998 AGR / MG

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 29/6 a 6/8/2018, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de agosto de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

07/08/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.097.998 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : **ESSO BRASILEIRA DE PRETRÓLEO LIMITADA**
ADV.(A/S) : **ROGERIO MOLLIKA**
ADV.(A/S) : **PAULO SERGIO UCHOA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO**
ADV.(A/S) : **LUCAS REZENDE MOSS**
AGDO.(A/S) : **ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão em que neguei seguimento ao recurso extraordinário, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Trata-se de recurso extraordinário no qual se alega contrariedade aos artigos 146, III, 'a', 150, § 7º, I e 155, § 2º, XII, 'b', da Constituição Federal.

Eis a ementa do acórdão recorrido:

‘EMENTA: EMBARGOS EXECUÇÃO FISCAL - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA - ÓLEO DIESEL - DISTRIBUIDORA RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR CONSIDERADO NO MOMENTO DO CÁLCULO DO ICMS/ST E O QUE FOR FIXADO PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA A VENDA A CONSUMIDOR FINAL NO MUNICÍPIO DE DESTINO - LEGALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO.

RE 1097998 AGR / MG

Diante da ausência de pagamento do tributo que, em regra, se sujeita ao lançamento por homologação, a Fazenda Pública procederá ao lançamento de ofício, aplicando-se o disposto no art. 173, 1, do CTN, contando-se o prazo decadencial de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A teor do artigo 375, do anexo IX, do RICMS/96, não havendo conhecimento prévio do destino final da mercadoria pelo sujeito passivo por substituição, será por este utilizado como base de cálculo o menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado, fixado pela autoridade competente, ficando o estabelecimento distribuidor responsável pelo recolhimento do Imposto correspondente à diferença entre esse valor e o que for fixado pela autoridade competente para venda a consumidor no Município de destino. De acordo com o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do § 3º, atentando-se para o fato de não estar o magistrado adstrito ao percentual disposto por tal parágrafo.'

Decido.

Não merece prosperar a irresignação.

No julgamento do RE nº 593.849/MG, o Plenário da Corte ao interpretar o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, reformou parcialmente o precedente da ADI nº 1.851, no sentido de legitimar a restituição do excesso atendendo ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Na assentada, o Ministro Relator Edson Fachin, assim sintetizou o entendimento prevalecente.

'Em síntese, parece-nos claro que da tensão produtiva entre justiça fiscal e segurança jurídica exsurge

RE 1097998 AGR / MG

uma interpretação constitucionalmente adequada do § 7º da art. 150 do Constituição Federal no sentido de garantir o direito à restituição, conforme se depreende da cláusula de devolução do excesso.

Apreciando os embargos de declaração opostos pelo Estado de Minas Gerais, o Tribunal apesar de negar efeitos infringentes ao recurso, considerada a inovação recursal, reiterou a razão simétrica na interpretação constitucional do art. 150, § 7º já amplamente debatida no julgamento do recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, no sentido de que 'em relação à vedação ao enriquecimento ilícito, seja do Estado, seja do contribuinte, a relação jurídico-tributária deve estar constantemente aberta ao factual, porquanto o modo de raciocinar 'tipificante' não deve ser intransponível ao pensamento problemático, o qual por muitas vezes se queda mais próximo da justiça fiscal'. Ressaltou, ademais, o Plenário a Corte ser a atividade da Administração Tributária plenamente vinculada ao arcabouço legal, independentemente de autorização ou explicitação interpretativa do Poder Judiciário, nos termos do art. 3º do CTN.

Vide, assim, que o Tribunal de origem ao entender cabível a complementação do ICMS relativo a diferença entre o valor considerado no momento do cálculo do ICMS/ST e o que for fixado pela autoridade competente para a venda a consumidor no município de destino, decidiu de acordo com a orientação da Corte, a partir do RE nº 593.849/MG.

Além do mais, o entendimento do Tribunal de origem acerca da complementação do recolhimento do ICMS na substituição tributária, se deu com base na análise da legislação infraconstitucional pertinente (Decreto Estadual 38.104/96 e RICMS/96). Desse modo, a alegada violação dos dispositivos constitucionais invocados seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. Em situação análoga:

RE 1097998 AGR / MG

‘Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. LEI COMPLEMENTAR 87/1996. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DO TRIBUTO COM AMPARO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A cobrança de ICMS, no caso, foi afastada no acórdão recorrido sob o fundamento de que as operações analisadas estavam acobertadas por isenção prevista na Lei Complementar 87/1996. Eventual violação ao texto constitucional se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. II – Agravo regimental improvido’ (RE nº 726.759/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 2/5/13).

Ante o exposto, nos termos do artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2018.”

O agravante sustenta que o tema debatido nos presentes autos não se enquadra no que restou decidido no RE nº 593.849/MG-RG. Além disso, aduz que não se faz necessária a análise de legislação infraconstitucional para o deslinde do presente feito.

É o relatório.

07/08/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.097.998 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

De acordo com o consignado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o art. 150, § 7º, da Constituição Federal, consolidou o entendimento de que “[é] devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida” (RE nº 593.849/MG-RG – Tema 201 da repercussão geral).

Como visto, a Corte se debruçou sobre a matéria referente à necessidade de restituição de valores recolhidos a título de ICMS quando o montante empiricamente considerado não corresponder ao que foi arrecadado na sistemática da substituição tributária para frente. Desse modo, essa orientação é aplicável ao caso em tela, em que se vislumbra exatamente a problemática referente à divergência entre o valor efetivamente designado e a quantia presumida do tributo.

Ademais, verifico que um dos fundamentos determinantes para a decisão da Corte centrou-se na **vedação ao enriquecimento ilícito, imposição essa aplicável tanto ao Fisco quanto ao contribuinte**, conforme se observa no seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

“Na qualidade de chave analítica para uma leitura prudencial do § 7º do art. 150 da Constituição Federal, torna-se imperativo recorrer à inafastável tensão entre a justiça fiscal (enriquecimento ilícito) e a segurança jurídica (dimensão material do fato gerador).

Em relação à **vedação ao enriquecimento ilícito**, seja do Estado, **seja do contribuinte**, a relação jurídico-tributária deve estar constantemente aberta ao factual, porquanto o modo de raciocinar ‘tipificante’ não deve ser intransponível ao pensamento problemático, o qual por muitas vezes se queda

RE 1097998 AGR / MG

mais próximo da justiça fiscal” (grifei).

Corroborando o tratamento simétrico entre contribuinte e Fisco, a Corte, mesmo rejeitando, por inovação recursal, os segundos embargos de declaração no RE nº 593.849/MG, opostos pelo Estado de Minas Gerais, realçou que,

“[c]omo vocalizado nos debates em sede plenária, **reitera-se razão simétrica na interpretação constitucional do art. 150, §7º, da Constituição da República.** Contudo, a despeito da possível abstrativização da controvérsia no sistema de repercussão geral, os fatos carreados aos autos não convergiram ao elastecimento da súmula de julgamento, sob o ponto de vista da compreensão majoritária do órgão julgador. De todo modo, é despiciendo constatar que **a atividade da Administração Tributária é plenamente vinculada ao arcabouço legal, independentemente de autorização ou explicitação interpretativa pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 3º do CTN**” (grifei).

Desse modo, essa orientação aplica-se ao caso em tela no sentido da necessidade de se complementar o ICMS diante da existência de diferença entre o valor do tributo designado no momento do cálculo do ICMS/ST e o montante efetivamente praticado na relação jurídica tributária, em respeito à vedação do enriquecimento sem causa.

Quanto ao pedido de se aplicar o entendimento firmado no julgamento do RE nº 593.849/MG-RG tão somente aos valores devidos após a publicação do acórdão, não merece prosperar, haja vista que a modulação dos efeitos do referido julgado foi realizada para alcançar todos os litígios judiciais pendentes, conforme se verifica a seguir:

“[O] Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente que aqui se elabora deve **orientar todos os litígios judiciais pendentes** submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do

RE 1097998 AGR / MG

pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte”.

Por fim, ressalto que é incabível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar o entendimento do Tribunal de origem acerca da aplicabilidade, no presente feito, do Decreto Estadual nº 38.104/96 e do RICMS/96 para fins de complementação do recolhimento do ICMS em substituição tributária. Eventual ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extremo. Nesse sentido:

“EMENTA Segundo agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. ICMS/ST. Base de cálculo. Critério de apuração. Natureza infraconstitucional da controvérsia. Legislação local. Súmula 280/STF. 1. O Tribunal de origem solucionou a lide com fundamento na legislação infraconstitucional (Lei nº 6.763/75; RICMS/02 (Decreto nº 43.080/02; art. 8º da LC nº 87/96 e art. 161 do CTN). A violação dos dispositivos constitucionais invocados seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do novo CPC” (ARE nº 869.158/MG-AgR-segundo, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 26/10/17).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. Determino que, a título de honorários recursais, a verba honorária já fixada seja acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) de seu total, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

RE 1097998 AGR / MG

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.097.998

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : ESSO BRASILEIRA DE PRETRÓLEO LIMITADA

ADV.(A/S) : ROGERIO MOLLICA (153967/SP)

ADV.(A/S) : PAULO SERGIO UCHOA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO (180623/SP)

ADV.(A/S) : LUCAS REZENDE MOSS (121099/MG)

AGDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 29.6.2018 a 6.8.2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel
Secretário