

**RECURSO.....: APELAÇÃO CIVEL**

**RECORRENTE(S).....: NIT SERVICE POSTO E SERVIÇOS LTDA**

**RECORRIDO(S).....: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**JUÍZO DE ORIGEM.: CAPITAL 11 VARA FAZ PUBLICA**

**JDS. DES. RELATOR: RICARDO ALBERTO PEREIRA**

*Apelação cível. Mandado de segurança. Direito tributário. ICMS incidente sobre operações com gás natural veicular (GNV). Tributo recolhido sob o regime da substituição tributária. Discussão acerca da base de cálculo.*

*Legislação que confere a possibilidade de apuração da base de cálculo a partir do somatório do valor da operação com diversas rubricas, dentre elas a margem de valor agregado (MVA), ou pelo preço final ao consumidor, na forma do art. 8º, II e §§4º a 6º da LC nº 87/96.*

*Lei Estadual/RJ nº 5.171/07 que tão somente reposicionou dispositivos da Lei Estadual/RJ nº 2.657/96, mantendo a possibilidade de utilização dos dois sistemas, estabelecendo, em seu anexo único, que o valor máximo a ser atribuído a título de margem de valor agregado para combustíveis líquidos ou gasosos é o limite de 60%.*

*Resolução SEFAZ/RJ nº 96/07 que adotou o sistema do “preço médio ponderado ao consumidor final” (PMPF), que não possui limitação de percentual, não sendo possível atribuir o limite imposto à MVA.*

*Inexistência de inovação legal, violação ao princípio da anterioridade ou ausência de motivação. Manutenção da sentença de improcedência.*

*Conhecimento e desprovimento do recurso.*

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no Processo **0353717-65.2008.8.19.0001**, sendo apelante **NIT SERVICE POSTO E SERVIÇOS LTDA** e apelado **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

**ACORDAM**, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **em conhecer e negar provimento à apelação.**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por NIT SERVICE POSTO E SERVIÇOS LTDA em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO postulando a declaração de ilegalidade da majoração da margem de valor agregado (MVA) que compõe a base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de circulação de GNV, promovida pelo Decreto Estadual nº 41.057/07. Requereu, ainda, o deferimento do depósito judicial das parcelas vincendas relativas à margem de valor agregado majorada para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, considerando que não houve qualquer ilegalidade, denegando a ordem mandamental (index 268).

Apelo da parte autora reiterando a inicial (index 273).

Foram apresentadas contrarrazões prestigiando a sentença (index 293).

Parecer da Procuradoria de Justiça opinando pelo desprovimento do recurso (index 318).

**É o relatório.**

### **VOTO**

Presentes os requisitos subjetivos e objetivos para o conhecimento do recurso, razão pela qual, nesta oportunidade, é recebido em seus regulares efeitos.

O ICMS é recolhido sob o regime da substituição tributária e tem sua base de cálculo fixada pela LC 87/96, nos seguintes termos:

*“Art. 8º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:  
(...)*

*II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

*a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*

*b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*

*c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

(...)

*§4º - A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.*

(...)

*§6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no §4º deste artigo.* (g.n.)

Conclui-se que é possível apurar a base de cálculo do ICMS a partir do somatório do valor da operação com diversas rubricas, dentre elas a margem de valor agregado (MVA) ou pelo preço final ao consumidor.

Em princípio, a Lei Estadual/RJ 2.657/96 determinava a quantificação da base de cálculo apenas pelo primeiro método, que incluía a margem de valor agregado, mas já permitia a utilização preço final ao consumidor, conforme se depreende da redação original do art. 22, *in verbis*;

*“Art. 22 - A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é:  
(...) II - no caso do inciso II do artigo 21, o preço máximo, ou único, de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou, na falta desse preço, o montante formado pelo preço praticado pelo contribuinte substituto, ou pelo substituído intermediário, incluídos os valores correspondentes a frete e carreto, seguro, imposto e outros encargos transferíveis ao destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, de percentual de margem de comercialização determinado pela legislação;  
(...) §1º - A legislação pode determinar que o valor inicial para o cálculo mencionado no inciso II seja o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista.*

*§2º - A margem de comercialização referida no inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.*

(...)

**§6º - Em substituição ao disposto no inciso II, do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado do Estado do Rio de Janeiro, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no §2º.”**

Conclui-se, portanto, que a base de cálculo do ICMS poderia ser obtida de duas formas: a soma das parcelas referentes às operações/prestações subsequentes ou com base no preço a consumidor final usualmente praticado no mercado do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, em dezembro de 2007, após o Decreto Estadual 41.057 ter definido que a margem de valor agregado aplicável ao gás natural veicular seria de 200%, a Lei Estadual/RJ 2.657/96 foi modificada pela Lei Estadual/RJ 5.171/07, mas sem que houvesse qualquer inovação substancial, como se observa:

**“Art. 24. A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é:**

**(...) II – no caso dos incisos II e VI do Artigo 21, o preço máximo, ou único, de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou, na falta desse preço, o montante formado pelo valor da operação ou prestação própria realizada pelo contribuinte substituto, neste valor incluído o valor do IPI, acrescido do frete e carreto, seguro e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, da margem de valor agregado, relativa às operações ou prestações subsequentes, determinada pela legislação;**

(...)

**§7º - A margem de valor agregado referida no inciso II do caput, que corresponde à margem praticada pelo comércio varejista, será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado varejista, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, observado ainda os seguintes parâmetros:**

**I – levantamento de preços efetuado por órgão oficial de pesquisa ou pela Secretaria de Estado de Fazenda;**

**II – o levantamento deverá abranger um conjunto de municípios que represente pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor adicionado fiscal previsto na legislação que define o índice de participação dos municípios na arrecadação do imposto;**

**III – as informações resultantes da pesquisa deverão conter os dados cadastrais dos estabelecimentos pesquisados, as respectivas datas das coletas de preços e demais elementos suficientes para demonstrar a veracidade dos valores obtidos.**

*§8º - Para fixação da margem de valor agregado, deverão ser observados os seguintes critérios, entre outros que poderão ser necessários face à peculiaridade da mercadoria:*

*I - identificação do produto, observadas as características particulares, tais como: tipo, espécie e unidade de medida;*

*II - preço de venda à vista no estabelecimento fabricante ou importador, incluído o IPI, frete, seguro, e demais despesas cobradas do destinatário, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;*

*III - preço de venda à vista no estabelecimento atacadista, incluído o frete, seguro e demais despesas cobradas do destinatário, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;*

*IV - preço de venda à vista no varejo, incluído o frete, seguro e demais despesas cobradas do adquirente.*

*(...) §10 - A critério do fisco, em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes pode ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado do Estado do Rio de Janeiro, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas nos §§8º e 9º.” (g.n.)*

Este diploma legal, em seu anexo único, estabeleceu o valor máximo a ser atribuído a título de margem de valor agregado, fixando para combustíveis líquidos ou gasosos o limite de 60%.

Ainda em dezembro de 2007, a Resolução SEFAZ 96/07 adotou o sistema do preço ao consumidor final, conhecido como “preço médio ponderado ao consumidor final” (PMPF), que reflete o preço praticado no mercado, definindo o preço do GNV à época e delegando à Superintendência de Tributação a tarefa de atualizá-lo.

Ressalte-se que essa forma de tributação estabeleceu a utilização do PMPF como base de cálculo, obedecendo ao disposto no art. 8º, II, §§ 4º e 6º, da Lei Complementar 87/96, que não teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Destaca-se que não há limitação de percentual atribuída à utilização do PMPF, não sendo possível atribuir o limite imposto à MVA.

Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade da base de cálculo utilizada para a tributação do ICMS nas operações relativas ao GNV, sendo irrelevantes as alterações de limite da MVA, que não vem sendo utilizada para esta finalidade.

Assim, não há como se acolher a tese da apelante, devendo ser mantida a r. sentença, que foi corretamente proferida.



No que tange a majoração dos honorários advocatícios devidos à parte autora, observe-se que ***“O §11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes. Atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba a título de honorários recursais é medida que se impõe.”*** ( STJ, Agint no AREsp 370.579/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 23/03/2016, Dje 30/06/2016).

***ANTE O EXPOSTO, CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, MAJORANDO OS HONORÁRIOS DEVIDOS AO PATRONO DA PARTE RÉ PARA 12% DO VALOR DA CAUSA.***

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

***JDS. DES. RICARDO ALBERTO PEREIRA***  
***Relator***

