



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.238.940 - DF (2011/0039499-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **DISTRITO FEDERAL**
PROCURADOR : **MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ITA ITAPEMIRIM TRANSPORTES S/A**
ADVOGADO : **JURACI RODRIGUES DE BARROS E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. IMPUGNAÇÃO PARCIAL. APELAÇÃO EM QUE SE DISCUTE FUNDAMENTO JURÍDICO CONSTANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 517 DO CPC/1973.

1. O teor da impugnação da Fazenda Pública aos embargos do devedor não limita o conhecimento do órgão julgador a respeito dos fundamentos jurídicos adotados para a lavratura do auto de infração.

2. O direito do credor-exequente decorre do próprio título executivo e, assim, é ônus exclusivo do devedor afastar sua presunção de liquidez e certeza por meio dos embargos à execução, de tal sorte que o órgão julgador deve aferir se a matéria de defesa apresentada é suficiente para fulminar o título judicial, independentemente das teses suscitadas pela Fazenda na impugnação, à luz do parágrafo único do art. 3º da Lei n. 6.830/1980.

3. Na hipótese dos autos, o auto de infração apoia-se no fundamento de que o aproveitamento do crédito fiscal seria indevido: i) em razão de o combustível ser destinado ao uso/consumo; e ii) porque o ICMS incidente na sua compra teria sido retido na operação anterior. Afastado o primeiro motivo pela magistrado de primeiro grau, a Fazenda Pública exequente pode defender o segundo em sede de apelação, ainda que não tenha se manifestado sobre ele em sua impugnação.

4. Recurso especial provido, determinando-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, em novo julgamento, manifeste-se sobre a tese recursal suscitada pelo Distrito Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 16 de junho de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.238.940 - DF (2011/0039499-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo DISTRITO FEDERAL contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. COMBUSTÍVEL ADQUIRIDO COMO INSUMO. CREDITAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA.

I - Modificação de causa de pedir sem demonstração de motivo de força maior caracteriza inovação e não pode ser apreciada, art. 517 do CPC.

II - O ICMS pago em razão de combustível adquirido como insumo para a prestação do serviço de transporte aéreo de cargas gera direito de creditamento à transportadora. Do contrário, haveria violação ao princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, da CF.

III - Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão arbitrados nos termos do § 4º, observadas as alíneas "a", "b" e "c" do § 3º, todos do art. 20 do CPC. Minorado o valor dos honorários.

IV - Apelação e remessa oficial providas. Recurso adesivo improvido.

Opostos dois embargos de declaração, os primeiros foram acolhidos somente para esclarecer que a apelação e a remessa oficial foram parcialmente providas (e-STJ fls. 161/164), enquanto os segundos foram rejeitados (e-STJ fls. 176/180).

O recorrente alega violação dos arts. 458, 517 e 535 do CPC/1973, ao argumento de que o Tribunal de origem não teria observado que a tese defendida no recurso de apelação é reiteração dos fundamentos jurídicos utilizados para a lavratura do auto de infração, e não inovação recursal, razão pela qual não haveria óbice à análise da sua tese. Aduz em síntese (e-STJ fl. 195):

[...] a tese apresentada nas razões de Apelação não constitui matéria nova, de forma que é inaplicável o disposto no artigo 517 do CPC. Com efeito, o fato do aproveitamento do crédito tributário ter sido considerado indevido, com base na ausência de operação subsequente tributada (alegação não apreciada pelo TJDF) foi um dos fundamentos do auto de infração, razão pela qual não houve inovação em sede recursal, ao contrário, o Recorrente apenas reiterou uma das causas que levaram a Secretaria de Fazenda a autuar o Recorrido.

Sem contrarrazões (e-STJ fl. 200).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 214/221).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.238.940 - DF (2011/0039499-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

O recurso especial se origina em ação de embargos opostos por ITA – ITAPEMIRIM TRANSPORTES S.A. contra execução fiscal ajuizada pelo DISTRITO FEDERAL, nos quais se defende: a) o direito ao crédito de ICMS na aquisição de combustível para a prestação de serviços de transporte; b) a impossibilidade de aplicação da taxa selic cumulada com outro índice de correção; e c) a desproporcionalidade da multa de 100% sobre o ICMS não pago, a qual seria confiscatória.

Na impugnação aos embargos do devedor, o embargado fez menção ao auto de infração, mas limitou-se à alegação de que o combustível adquirido pela sociedade empresária seria para seu uso e consumo, o que atrairia o regra do art. 33, I, da LC n. 87/1996 ("somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998").

Deve-se esclarecer que o auto de infração, transcrito tanto na petição inicial como na impugnação apresentada pelo DF, apoia-se no fundamento de que o aproveitamento do crédito fiscal seria indevido em razão de que o combustível era destinado ao uso/consumo e de que o ICMS incidente na sua compra teria sido retido na operação anterior, o que impediria o direito ao crédito.

No primeiro grau, o pedido foi julgado procedente ao fundamento de que, "quanto aos insumos, não há impedimento para a referida compensação, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade [...] o aproveitamento de créditos de ICMS, resultantes da aquisição de combustíveis, para compensar imposto devido em operações posteriores relativas à prestação de serviço de transporte, não configura nenhuma ilegalidade" (e-STJ fl. 98).

O Distrito Federal apelou, alegando:

Ao contrário do que restou assentado na sentença, a autuação teve como suporte fático o aproveitamento indevido de créditos oriundos de aquisições de produtos de uso e consumo e, ainda, por ser indevido o creditamento por se tratar de imposto retido na operação anterior. Isso pode ser comprovado pela simples leitura do Auto de Infração de fl. 64 - campo 03 "Descrição do Fato"

1 - APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO FISCAL referente a aquisição do combustível SHELL JET A -1 por tratar-se de mercadoria destinada ao Uso ou Consumo e, ainda, por tratar-se de imposto retido na operação anterior e
(...)

Diante desse fato, o contribuinte foi autuado com fundamento no art. 328 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decreto n. 18.955/97, (campo 04 do Auto de Infração de fl. 64) segundo o qual, nas operações subsequentes com mercadorias sujeitas à retenção antecipada do Imposto, como ocorre na hipótese vertente, está dispensado qualquer outro pagamento do imposto, sendo, entretanto, vedada a utilização do crédito.

Em outras palavras, se a operação subsequente não for tributada, como ocorre nos autos, não pode haver aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de combustíveis. Nesses casos, o contribuinte substituído deverá proceder de acordo com o art. 334 do mencionado Decreto, in verbis:

Art. 328 Ressalvado o disposto no artigo seguinte, na subsequente saída das mercadorias tributadas em conformidade com este Título, fica dispensado qualquer outro pagamento do imposto, vedada a utilização do crédito.

Art. 334. O contribuinte substituído, relativamente às operações com mercadoria recebida com imposto retido, escriturará os livros Registro de Entradas e Registro de Saídas na forma prevista neste Regulamento, com utilização da coluna "Outras", respectivamente, de "Operações sem Crédito do Imposto" e "Operações sem Débito do Imposto" (Ajuste SINIEF 4/93).

Ocorre que há situações em que o aproveitamento de crédito é vedado, como nas operações subsequentes com mercadorias sujeitas à retenção antecipada, conforme previsto no inciso II, § 3º, do Decreto n. 18.955/97 impondo-se, em consequência, a reforma da r. sentença.

Reformada a sentença nesse ponto, diante do efeito devolutivo do Recurso de Apelação, pede vênica o Distrito Federal para reiterar os argumentos desenvolvidos na contestação e não apreciados pelo Juiz, por ter considerado que estavam prejudicados.

Ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça, no que interessa, decidiu (e-STJ fl. 150):

Inicialmente, deixo de apreciar a alegação de que inexistente o direito de creditamento do ICMS porque o imposto foi cobrado em regime de substituição tributária e não houve nova operação de circulação após a aquisição pela apelada-embargante. Quanto aos retrocitados fatos, o apelante-embargado está inovando em sede recursal sem demonstrar motivo de força maior, o que impede a sua apreciação, nos termos do art. 517 do CPC, sob pena de supressão de instância.

Por isso, a apelação será examinada dentro do enfoque conferido pelo recorrente na impugnação aos embargos, ou seja, de que o combustível foi adquirido para uso próprio ou consumo pela apelada-embargante, portanto, diante do disposto no art. 33 da LC 84/96, seria vedado o creditamento.

Improcede a alegação do Distrito Federal de que o combustível foi adquirido pela Itapemirim para uso próprio ou consumo. Resta indene de dúvida, diante da atividade desempenhada pela apelada-embargante - transporte aéreo de cargas -, que o combustível foi comprado para ser utilizado como insumo.

Na sequência, ao rejeitar os embargos declaratórios opostos pelo DF, o Tribunal *a quo* externou (e-STJ fl. 179):

O julgado é claro ao fundamentar que o embargante inovou nas razões recursais quanto às alegações de que inexistente o direito de creditamento do ICMS porque o imposto foi cobrado em regime de substituição tributária e não houve nova operação de circulação após a aquisição pela apelada-embargante. Com tais fundamentos, e, diante do disposto no art. 517 do CPC, as retrocitadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegações não foram examinadas no julgamento da apelação.

Além disso, decorre implícita da conclusão do supracitado julgado, que a aplicação do art. 517 do CPC ocorreu porque as questões suscitadas pelo Distrito Federal e não apreciadas no julgamento da apelação configuram matéria fática. Do contrário, conforme o próprio embargante sustenta, tal dispositivo não seria aplicável.

Pois bem.

Violação do art. 535 do CPC/1973 não há, visto que o Tribunal de origem, de forma clara e coerente, manifestou-se, expressamente, sobre a tese suscitada pelo Distrito Federal em seus aclaratórios.

Com relação ao art. 517 do CPC/1973, vejamos, primeiramente, o que dispõe:

Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Data máxima vênia, não se pode concluir que o teor da impugnação da Fazenda Pública aos embargos do devedor limite o conhecimento do órgão julgador a respeito dos fundamentos jurídicos adotados para a lavratura do auto de infração, razão pela qual deve-se reconhecer a não aplicação do art. 517 do CPC/1973 às apelações interpostas pela Fazenda Pública contra sentenças de procedência dos embargos do devedor, na hipótese de a tese recursal estar vinculada aos fundamentos utilizados no título executivo.

A impugnação ofertada pela exequente aos embargos opostos à execução fiscal não se equipara à contestação apresentada nas demais ações judiciais sob o rito ordinário.

O direito do credor-exequente decorre do próprio título executivo e, assim, é ônus exclusivo do devedor afastar sua presunção de liquidez e certeza por meio dos embargos à execução, de tal sorte que a Fazenda nem sequer é obrigada a impugnar.

A propósito, *mutatis mutandis*, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO TÍTULO JUDICIAL. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DO FEITO, AFASTADO O RECONHECIMENTO DA REVELIA. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. É admitido o abrandamento das exigências regimentais formais quanto à demonstração da divergência jurisprudencial, nos casos em que se cuida de dissídio notório e são apontados, como paradigmas, arestos deste STJ, com a realização do devido confronto analítico, podem ser flexibilizadas outras exigências regimentais formais (AgRg no REsp 1.159.837, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.4.2010 e REsp. 977.477/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 27.11.2007).

2. Esta Corte firmou o entendimento de que a ausência de impugnação dos Embargos à Execução não implica revelia, uma vez que, na fase executória, o direito do credor encontra-se consubstanciado no próprio título, que se reveste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da presunção de veracidade, cabendo ao embargante-executado o ônus quanto à desconstituição de sua eficácia. Precedentes: AgRg no REsp. 1.447.289/SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 2.9.2014; AgRg no Ag 1.229.821/PR, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 9.4.2012; AgRg no REsp. 1.162.868/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 19.2.2010.

3. Desta feita, acolhida a preliminar invocada, para se afastar os efeitos da revelia, a solução que se impõe, de logo, é a anulação da sentença prolatada, determinando o retorno dos autos à fase de instrução, para que as provas apresentadas sejam apreciadas, afastando-se a presunção de veracidade dos fatos alegados pela Embargante.

4. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido.

(AgRg no REsp 1224371/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 13/10/2015).

TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – REVELIA – NÃO-OCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há falar em revelia em processo de execução ante a ausência de impugnação dos embargos à execução pelo credor.

2. Precedentes: AgRg no REsp 1.001.239/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2.10.2008; REsp 885.043/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 7.2.2008, p. 1; REsp 671.515/RJ, Rel.

Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 23.10.2006, p. 289. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1162868/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/02/2010).

Isso considerado, importa destacar que o órgão julgador de primeiro grau deve aferir se a matéria de defesa apresentada nos embargos do devedor é suficiente para fulminar o título judicial, independentemente das teses suscitadas pela Fazenda na impugnação, à luz do parágrafo único do art. 3º da Lei n. 6.830/1980, segundo o qual a presunção de certeza e liquidez da Dívida Ativa, por ser relativa, pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado.

Deve-se acrescentar, ainda, que a sentença de procedência dos embargos do devedor, no caso, foi submetida ao Tribunal de Justiça por força de remessa necessária, o que também revela a necessidade de apreciação dos fundamentos adotados pelo magistrado de primeiro grau para extinguir a execução fiscal e, de consequência, enseja o exame dos motivos que resultaram na lavratura do auto de infração.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial a fim de determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, em novo julgamento, manifeste-se sobre a tese recursal suscitada pelo Distrito Federal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0039499-0 **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.238.940 / DF**

Números Origem: 124922032007807 20070111249227 20070111249227RES

PAUTA: 16/06/2016

JULGADO: 16/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ITA ITAPEMIRIM TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JURACI RODRIGUES DE BARROS E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.