



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.628 - SP (2009/0026231-2)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : COMPANHIA METALÚRGICA PRADA
ADVOGADO : HUGO BARROSO UELZE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARGARIDA MARIA PEREIRA SOARES E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO – ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – UTILIZAÇÃO DE MATERIAL NO PROCESSO PRODUTIVO (PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS) - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PROVA PERICIAL - NECESSIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO - OMISSÃO - CONFIGURADA - NULIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para análise de violação a preceitos constitucionais.

2. É omissa o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado.

3. A soberania das instâncias ordinárias na apreciação da prova implica no dever de análise exaustiva da matéria fática, insuscetível de apreciação na instância especial, nos termos da Súmula 7/STJ, sob pena de inviabilizar o acesso das partes aos recursos de direito estrito.

4. *In casu*, o Tribunal local não apreciou a conclusão da prova pericial realizada, que buscava evidenciar a natureza de produtos intermediários utilizados no processo produtivo para conferir o direito de creditamento do ICMS, objeto da demanda declaratória.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 17 de dezembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.628 - SP (2009/0026231-2)

RECORRENTE : COMPANHIA METALÚRGICA PRADA
ADVOGADO : HUGO BARROSO UELZE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARGARIDA MARIA PEREIRA SOARES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

AÇÃO DECLARATÓRIA - PRETENSÃO AO CREDITAMENTO EXTEMPORÂNEO DE VALORES RELATIVOS AO ICMS, PAGO NA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS INTERMEDIÁRIOS, DEVIDAMENTE CORRIGIDOS - INADMISSIBILIDADE - (CONVÊNIO ICM 66/88) - CONSTITUCIONALIDADE DA DISCIPLINA ESTADUAL (Lei 6.374/89 e Decreto 33.118/91 - RICMS) - ADVENTO DA LC 87/1996, QUE NÃO TEM EFEITOS RETROATIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA. AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO IMPROVIDO. (v. 5 - f. 1.412)

Nas razões de recurso, aponta-se violação dos arts. 165, 332, 333, I, 420, parágrafo único, I e II, 458, II, 515 e 535, II do CPC; arts. 3º, 4º, 6º, 9º, I, 97, II e § 1º, 110 e 150 do CTN; art. 19 da LC 87/96 e arts. 1.009 do CC/16 e 368 do CC/2002, sustentando, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido restou omissos na apreciação de questões jurídicas de relevo para o julgamento da demanda, em que se objetiva a consideração de créditos tributários incidentes na aquisição de materiais intermediários, tais quais: **i)** a necessidade de comprovação *in concreto* do que sejam *materiais intermediários*, diante da definição pela negativa da legislação tributária; **ii)** o laudo pericial confirmou a existência de vários materiais intermediários no processo produtivo realizado pela contribuinte e **iii)** a consideração dos créditos relativos à aquisição de materiais intermediários implica na observância do princípio da não-cumulatividade, da estrutura da regra jurídica tributária, do não-confisco, do caráter republicano, da isonomia, da impossibilidade de ficção, da reciprocidade das obrigações e do respeito à propriedade;

b) a falta ou diminuição do crédito pertinente aos "materiais intermediários", subverte a base de cálculo constitucionalmente traçada para o ICMS, implicando torná-lo mais oneroso por diminuir o abatimento a ele inerente, ofendendo o Sistema Constitucional tributário;

c) os créditos dos materiais postulados no presente caso, além de destinados à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circulação, fazem parte do processo de industrialização e posterior comercialização, aspecto que foi sobejamente demonstrado quando da produção da prova pericial requerida, tal como mencionado na parte final do inciso II do art. 40 da Lei 6.374/1989;

d) é cabível a prova pericial no caso, pois não é adequado, sendo até mesmo impossível, a definição taxativa pela legislação tributária de todos os materiais intermediários aplicáveis nos múltiplos processos produtivos; e

e) a desconsideração dos créditos referentes aos materiais intermediários ofende o princípio da não-cumulatividade, bem como o princípio que veda o confisco. (v. 6 - fls. 75/102)

Contrarrazões apresentadas às fls. 109/129 - v. 6, aduzindo, que:

a) os materiais adquiridos em face dos quais a recorrente pretende o creditamento extemporâneo não são consumidos no processo de produção, mas, sim, utilizados em razão do desgaste progressivo dos equipamentos da autora, de maneira direta ou indireta, tendo sua aquisição representado despesas com manutenção do ativo fixo, que não são passíveis de creditamento, de modo que a análise da pretensão recursal demanda o reexame de fatos e provas, procedimento incompatível com a técnica do recurso especial;

b) inexistiu o prequestionamento dos dispositivos enumerados como violados na irresignação;

c) é impossível confundir-ser consumo no processo industrial, que autoriza o creditamento de ICMS, com desgaste natural decorrente do próprio uso da coisa, que não autoriza o crédito do imposto; e

d) é inviável a correção monetária de tais créditos.

Recurso especial inicialmente inadmitido. A irresignação subiu por força de agravo de instrumento provido para melhor exame.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.628 - SP (2009/0026231-2)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : COMPANHIA METALÚRGICA PRADA
ADVOGADO : HUGO BARROSO UELZE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARGARIDA MARIA PEREIRA SOARES E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Inicialmente observo que não compete a esta Corte o julgamento de questões constitucionais, tal qual se apresenta o cotejo entre a hipótese dos autos e o princípio constitucional que veda a tributação com efeito de confisco, expresso no art. 150, IV da Constituição Federal. Também inviável a análise da irresignação, pelo mesmo fundamento, quanto à suposta violação do art. 110 do CTN, que é preceito direcionado ao legislador tributário dos entes federativos no exercício da competência tributária que lhes é peculiar e, como cediço, competência tributária é a forma de materialização do poder tributário, cujo esteio encontra-se na Carta Política.

Nesse sentido, confirmam-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 9º, § 10, DA LEI 9.249/1995. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 110 DO CTN. AFASTAMENTO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou válido o art. 9º, § 10, da Lei 9.249/1995, por não ter extrapolado o conceito de lucro fixado pela Constituição da República.

2. A recorrente pretende afastar a incidência desse dispositivo legal (art. 9º, § 10) por suposta violação do art. 110 do CTN – teria alterado a definição de institutos de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição.

3. O STJ firmou o entendimento de que a matéria versada no art. 110 do CTN tem caráter constitucional, sendo inviável a sua análise em Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1082731/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 27/05/2009)

Contudo, no que pertine à necessidade de apreciação da prova, já tive a oportunidade de me manifestar em processo semelhante, em que o contribuinte buscava realizar prova pericial para demonstrar a natureza dos produtos utilizados no processo produtivo, justamente para evidenciar não se tratarem de bens de consumo ou destinados ao ativo fixo da pessoa jurídica, para determinar a realização da perícia na espécie, que demanda conhecimento técnico e especializado. Na oportunidade, afirmei:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que pertine à necessidade de prova pericial entendo assistir razão ao recorrente.

Com efeito, tem lugar a prova pericial quando se exija a comprovação dos fatos narrados no processo por profissionais técnicos ou técnicos-científicos, na medida em que os fatos se mostram complexos, interdisciplinares e refujam ao conhecimento do juiz médio (cf. art. 420, I, do CPC).

Na hipótese pretende-se identificar os produtos ou insumos que integram o processo produtivo e se imiscuem à mercadoria para posterior circulação. Como afirma a recorrente, a legislação tributária não define exaustivamente o que se pode entender por produtos ou insumos componentes do processo produtivo que venham a integrar a mercadoria para circulação, ou na dicção legal, *que se integrem ou sejam consumidas no processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior*.

Destarte, reputo que a prova pericial mostra-se necessária por duas razões: i) em princípio a prova do fato é complexa, diante da própria diversidade da atividade empresarial e ii) havendo dúvida quanto ao direito em discussão deve-se privilegiar a medida que melhor atenda aos anseios de pacificação social, na hipótese, a produção da prova requerida, pela qual se verificará a existência ou não de incorporação no processo produtivo dos insumos adquiridos pela recorrente como condição ao exercício de sua atividade empresarial. (REsp 882.807/SP, DJ 09.6.2009)

Ora, o acórdão recorrido e o acórdão que julgou os embargos de declaração não apreciaram a prova pericial ou pelo menos sobre ela não teceram considerações. É cediço que as instâncias ordinárias são soberanas na apreciação da prova, o que revela, por outro lado, o direito inarredável das partes sobre a completa e escorreita apreciação da prova produzida para que o direito de defesa das partes não seja tolhida nas instâncias superiores, que não podem reapreciá-la, mas podem revalorá-las, nos termos da Súmula 7/STJ (Precedente: EDcl no REsp 735.017/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/11/2007, DJ 26/11/2007 p. 154).

Do que se lê dos acórdãos vergastados não houve efetiva apreciação da prova pericial, no sentido de se cotejar a natureza dos produtos envolvidos no processo produtivo da contribuinte. Teceram-se comentários sobre a impossibilidade de bens de consumo ou destinados ao ativo fixo impedirem o creditamento de ICMS, mas não se caracterizou como tais os bens objeto da perícia e aqui reside a nulidade dos arestos combatidos.

Portanto, à vista de que a análise da prova pericial é o próprio objeto da demanda a questão é de sumo relevo para o julgamento da causa e a ausência dela acarreta a nulidade do julgado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. OMISSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Conquanto não esteja o magistrado obrigado a enfrentar todos os questionamentos das partes, ele não pode deixar de se manifestar sobre questão relevante para o deslinde da controvérsia.

2. Acórdão recorrido que afastou a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal, aos argumentos de que: (i) para que fique configurada a responsabilidade do sócio-gerente pelos débitos fiscais da empresa, a Fazenda deve comprovar a ocorrência das hipóteses do artigo 135, III do CTN; (ii) o simples não pagamento do tributo não faz presumir a responsabilidade do sócio-gerente da sociedade executada; e (iii) a inclusão do nome do sócio na CDA apenas gera presunção de veracidade se houver processo administrativo prévio, de sorte que, não havendo tal procedimento, não há inversão do ônus da prova para fins de redirecionamento da execução fiscal.

3. Embargos de declaração nos quais a ora recorrente apontou omissão quanto à alegação de que, nos autos, "há fortes indícios de encerramento irregular da empresa executada, uma vez que esta não foi localizada no endereço declarado à receita federal, não tendo havido a devida baixa na receita federal".

4. A questão é essencial para o deslinde da demanda, porquanto a jurisprudência desta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que de a não localização da empresa executada no endereço que possuiu junto ao fisco representa indício de dissolução irregular, possibilitando o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, independentemente da comprovação das hipóteses do artigo 135, III do CTN. Precedentes.

5. O Tribunal local, a despeito da oposição de embargos de declaração, deixou de apreciar a questão neles aventada, razão pela qual está configurada a infringência ao art. 535, II, do CPC.

6. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a anulação do julgamento, com o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que seja sanada a omissão. Prejudicadas as demais questões tratadas no recurso especial.

(REsp 1116424/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 16/09/2009)

TRIBUTÁRIO – ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – UTILIZAÇÃO DE MATERIAL NO PROCESSO PRODUTIVO (EMBALAGENS E OUTROS PRODUTOS – PROVA PERICIAL – NECESSIDADE – ACÓRDÃO RECORRIDO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – ARTS. 3º, 6º, 9º, I, 17, 97, II e § 1º E 110 DO CTN; ARTS. 1009 DO CC/16 E 368 DO CC/2002 E ART. 19 DA LEI COMPLEMENTAR 87/96 – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF.

1. Restrita a cognição do acórdão à inexistência de prova de utilização de produto em processo produtivo, os enunciados normativos que se referem ao direito de creditamento de ICMS quanto aos referidos produtos restaram não-prequestionados na origem. Aplicação da Súmula 282/STF.

2. Inexiste violação ao dever de prestação jurisdicional se o acórdão recorrido, ainda que sucintamente, fundamenta sua conclusão nos fatos e dispositivos legais tidos por aplicáveis à espécie.

3. A utilização de material no processo produtivo, diante da complexidade da atividade empresarial e por imposição da efetividade da jurisdição, demanda produção de prova pericial, nos termos do art. 420, I, do CPC. Precedente: REsp 324.421/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 03/11/2003 p. 292.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido para anular o processo a partir do indeferimento da prova pericial.

(REsp 882.807/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 09/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA DE CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PENHORA PELO OFICIAL DO REGISTRO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARTÓRIO DE IMÓVEIS. COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR A QUESTÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Discute-se nos autos a competência para dirimir questão atinente à penhora de imóvel ordenado pelo juiz da execução quando ela foi recusada pelo Oficial do Cartório de registro de imóveis competente. A Corte a quo entendeu que a discussão do motivo que deu ensejo à devolução do mandado de registro da penhora tem foro próprio, o da Vara de Registros Públicos - o qual é competente para dirimir dúvida que o Oficial do Registro deverá suscitar, ainda que por provocação da parte interessada, nos termos do art. 198 da Lei de Registros Públicos.

2. Ao rejeitar os aclaratórios opostos pela ora recorrente, a Corte a quo violou o art. 535 do CPC, visto que deixou de analisar questões relevantes para o deslinde da controvérsia, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser anulado por deficiência na prestação jurisdicional, eis que ela não foi realizada a contento.

3. Desde as razões do agravo de instrumento, a recorrente trouxe a tese relativa ao art. 5º da Lei n. 6.830/80 - segundo o qual a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, dentre outras teses que dizem respeito à possibilidade de pluralidade de penhoras quando o concurso de credores se der entre pessoas jurídicas de direito público, nos termos dos parágrafos únicos tanto do art. 187 do CTN quanto do art. 29 da LEF.

4. É de se acolher a preliminar de nulidade do acórdão recorrido para determinar o retorno dos autos à origem para que sejam supridas as omissões apontadas nos embargos de declaração opostos, mormente porque é vedado a esta Corte julgar questões não prequestionadas no acórdão recorrido, conforme orientação consagrada na Súmula n. 282/STF.

5. Recurso especial provido.

(REsp 733.853/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 13/11/2009).

Com essas considerações, conheço do recurso especial, por violação ao art. 535 do CPC e lhe dou provimento, para anular o acórdão recorrido, em razão da ausência de análise das conclusões da prova pericial realizada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0026231-2

REsp 1114628 / SP

Números Origem: 135398 2973575 29735750 2973575101

PAUTA: 17/12/2009

JULGADO: 17/12/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA METALÚRGICA PRADA
ADVOGADO : HUGO BARROSO UELZE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARGARIDA MARIA PEREIRA SOARES E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária