

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 818014 - SP (2015/0276336-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : CARLOS MIYAKAWA E OUTRO(S) - SP097961

AGRAVADO : IZABEL DE MENESES ORMONDE - ME

**ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA DE SOUZA E OUTRO(S) -
SP119284**

ALLAN WELLINGTON VOLPE VELLASCO - SP219926

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA VISANDO A ANULAÇÃO DO ATO DE DESENQUADRAMENTO DO SIMPLES PAULISTA E A DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA IMPUGNADOS. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM SOBRE QUESTÕES RELEVANTES, EM TESE, PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO REFERENTE AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, POR AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/73. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão monocrática que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/73.

II. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014.

III. Nos presentes autos, ao dar provimento à Apelação, interposta pela parte ré, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar, de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, acerca das alegações, contidas na petição inicial e nas contrarrazões à Apelação, no sentido de que o ato declaratório de inidoneidade não pode retroagir, para atingir terceiro de boa-fé, e de que "não se aplica ao caso o disposto no artigo 136 do CTN, mas sim o disposto no artigo 137 do CTN". Opostos Embargos de Declaração, pela parte autora, foram eles rejeitados, sem manifestação acerca dos referidos pontos, relevantes, em tese, para a solução da controvérsia. O Recurso Especial, interposto pela parte autora, apontou violação ao art. 535 do

CPC/73.

IV. É de se reconhecer que não houve a devida fundamentação do acórdão recorrido, com omissão sobre matérias relevantes, em tese, ao deslinde da controvérsia, razão pela qual merece ser mantida a decisão ora agravada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC/73.

V. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 01 de junho de 2020 (Data do Julgamento)

Ministra Assusete Magalhães
Relatora

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 818.014 - SP (2015/0276336-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO, em 13/09/2017, contra decisão de minha lavra, publicada em 21/08/2017, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por IZABEL DE MENESES ORMONDE - ME, em face de decisão que inadmitiu o Recurso Especial, esse manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

'ICMS - AIIM - Anulatória de débito fiscal - Negociações realizadas com empresa inexistente, não localizada. Contribuinte que, de outra parte, não comprovou a efetiva realização das operações. Exclusão do Simples Paulista, pelo fato de ter adquirido mercadorias sem a correspondente documentação fiscal. Improcedência da ação. Recursos providos' (fl. 543e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 574/578e).

No Recurso Especial, interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, alega a recorrente violação ao art. 535, II, do CPC/73. Sustenta que a Corte de origem incorreu em omissão, ao deixar de se pronunciar sobre a ilegalidade da retroatividade da declaração de inidoneidade fiscal em relação a atos de terceiros, bem como a aplicabilidade do art. 137 do CTN em detrimento do art. 136 do CTN.

Contrarrazões apresentadas (fls. 616/623e).

O Recurso Especial merece ser provido, por violação ao art. 535 do CPC/73.

Na origem, trata-se de Ação Declaratória ajuizada pela ora recorrente, com objetivo de obter a insubsistência da notificação de desenquadramento do Simples Paulista, sob o pálio da idoneidade dos documentos apresentados (notas fiscais) ao Fisco à época das operações.

O Juízo de 1º Grau julgou procedente a demanda, com base no seguinte fundamento:

'Consta dos autos que a autora adquiriu mercadorias de Rubens Batista do Amaral - Rancharia, no período de outubro de 2005 a outubro de 2007. Referida empresa teve sua Inscrição Estadual considerada nula a partir de 28/01/1999, porque o fisco constatou a simulação da existência de estabelecimento, conforme processo administrativo SF nº DRT/10-1000121-701804/2008, sendo que os

documentos fiscais por ela emitidos foram declarados inidôneos por decisão datada de 29 agosto de 2008.

Convém anotar, por primeiro, que por força do princípio jurídico 'tempus regit actum', a lei aplicável era o Regulamento do ICMS e a Lei 10.086/98.

Não obstante tal circunstância, veja-se que as operações mercantis de compra e venda de mercadorias ocorreram antes da notificação acerca da declaração de inidoneidade da empresa fornecedora.

Em tal circunstância **há presunção da boa-fé da adquirente das mercadorias, que só pode ser desconstituída através da prova contundente em contrário (má-fé), cujo ônus cabe à Fazenda Estadual.**

Ora, não se tem como atribuir efeitos retroativos à declaração de inidoneidade da empresa vendedora, em atenção ao disposto no artigo 103, inciso I, do Código Tributário Nacional: 'Art. 103 - Salvo disposição em contrário, entram em vigor: I - os atos administrativos a que se refere o inciso I do artigo 100, na data da sua publicação.'

Portanto, a inidoneidade da inscrição da empresa vendedora só gera efeitos contra terceiros depois da publicação.

(...).

Assim, somente a partir da declaração de inidoneidade da empresa fornecedora das mercadorias é que se poderia atribuir responsabilidade à autora, adquirente.

Além disso, há de convir que **não era obrigação da autora, por ocasião da aquisição das mercadorias, averiguar a idoneidade do fornecedor, já que não detém poder de polícia, cabendo-lhe apenas à verificação da regularidade na expedição das notas fiscais, que no caso, foi observado, assim como procedeu ao registro contábil do negócio.**

Logo, ao contrário do que afirma a Fazenda Estadual, **não existem indícios da má-fé da autora que justifiquem as penalidades que lhe foram impostas'** (fls. 492/495e).

O Estado de São Paulo apelou, tendo sido reformada a sentença pelo Tribunal de Justiça com base nos seguintes fundamentos:

'(...)

O art. 23 da LC 87/96 esclarece que o direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Na mesma linha, o art. 36, § 1º, ns. 3 e 4, da Lei estadual 6.374/89,

considera documento fiscal hábil o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante de recolhimento do imposto. E, considera regular perante o Fisco, a do contribuinte que, à data da operação, esteja inscrito na repartição fiscal competente, se encontre em atividade no local indicado e possibilite a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais indicados ao fisco.

No entanto, **no caso em tela, muito embora tenha juntado aos autos grande quantidade de documentos, não comprovou, de forma efetiva, suas alegações. Não fez provas da compra e entrega das mercadorias. Conforme se infere do relatório de apuração elaborado pelo Fisco, de fls. 103/127, no local indicado como suposto estabelecimento da fornecedora da autora nunca houve movimentação de mercadorias. O local sempre esteve vazio, em estado deplorável de conservação, sendo completamente inadequado para a atividade declarada, razão pela qual, teve sua inscrição estadual bloqueada. Trata-se, segundo a Fazenda, de imóvel utilizado apenas para simulação da existência de empresas ou, como dito a fls. 427, as mercadorias foram compradas de empresa inexistente ou, que não atuava no ramo de atividade declarada em seus atos constitutivos, ou seja, abate de bovinos e venda dos produtos resultantes.**

Cabia à apelante, nesse quadro, a prova de existência da empresa referida, do pagamento do valor de cada nota fiscal, com a indicação do meio de transporte utilizado na entrega das mercadorias. É sintomática, a propósito, a alegação de que as compras realizadas foram pagas à vista. As notas fiscais serviram, em verdade, à escrituração do crédito, cuja compra e venda não foi comprovada.

Assim, considerando o disposto no art. 333, I do CPC, de rigor a subsistência dos autos de infração e a exigibilidade dos tributos. A perda da condição de empresa de pequeno porte – do enquadramento no Simples Paulista era de rigor. A propósito, dispõe o art. 6º, III, da Lei 10.086/98 que o contribuinte será desenquadrado de ofício quando adquirir mercadorias ou tomar serviços sem o correspondente documento fiscal. De rigor, nesse quadro, a improcedência da ação e para esses efeitos é dado provimento aos recursos - da Fazenda e oficial, invertidos os ônus da sucumbência' (fls. 544/546e).

Inconformada, a empresa apresentou Embargos de Declaração

requerendo que a Corte de origem pronunciasse sobre a 'retroatividade ou irretroatividade da declaração de nulidade da inscrição estadual em face de terceiros; e aplicação do artigo 137 do CTN em detrimento do artigo 136 do CTN, no caso em questão' (fl. 570e).

Os referidos Aclaratórios foram rejeitados ao fundamento de que: 'A Turma julgadora esclareceu que apesar dos documentos constantes dos autos, a ora embargante não logrou êxito em comprovar de forma efetiva suas alegações' (fl. 577e).

Verifica-se, no caso, que o Tribunal de origem, ao julgar os Embargos de Declaração, deixou de se pronunciar sobre questão relevante apontada, tempestivamente, pela recorrente, no que tange à ilegalidade da retroatividade da declaração de inidoneidade fiscal em relação a atos de terceiros e a aplicabilidade do art. 137 do CTN em detrimento do art. 136 do CTN.

Desse modo, parece ser relevante para o deslinde da controvérsia que a Corte a quo faça o pronunciamento sobre a matéria, até porque a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.148.444/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 27/04/2010, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou o entendimento de que 'o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação'.

Verifica-se, assim, que a Corte de origem incorreu em omissão no julgamento dos Embargos de Declaração, deixando de se pronunciar sobre os pontos ali alegados, notadamente, no que se refere aos itens acima delineados.

Como se observa dos autos, os temas reputados omissos foram apontados nas razões dos Embargos de Declaração (fls. 549/570e) e nas contrarrazões da Apelação Cível (fls. 520/535e), sem, contudo, a Corte de origem ter-se manifestado sobre eles.

Com efeito, é posicionamento desta Corte de Justiça que ocorre violação ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

(...)

Ante o exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, do RISTJ, **conheço do Agravo para, desde logo, dar provimento ao Recurso**

Especial, para, reconhecendo a violação ao art. 535 do CPC/73, anular o acórdão proferido no julgamento dos Embargos Declaratórios de fls. 574/578e, determinando o retorno dos autos à origem, com o escopo de que sejam sanadas as omissões existentes" (fls. 691/696e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

"Com a devida vênia, a r. decisão partiu de **premissa inexata**.

Isto porque, com nova vênia, não houve omissão do Órgão Julgador ao apreciar os Embargos Declaratórios, porquanto **não** quedou-se silente, ao salientar o efeito infringente do recurso, a par de proclamar a escorreita apreciação das questões suscitadas, indicando seus respectivos fundamentos. Daí porque rejeitou os pretensos Aclaratórios, consignando: 'A Turma julgadora esclareceu que apesar dos documentos constantes dos autos, a ora embargante não logrou êxito em comprovar de forma efetiva suas alegações' (eSTJ fls. 576/577).

Nessa diretriz, são inúmeros os precedentes desta Corte Superior, vindo à lume o consignado na ementa gerada para o aresto do REsp 1.114.973/SP: (...)

Impende também rememorar o escólio de Alexandre de Paula, em suas conhecidas anotações ao CPC:

(...)

Assim, o julgamento do Recurso Especial, ante a relevância das questões que veicula, **rogata venia**, merece ser submetido ao crivo da colenda Turma, via do presente Agravo interno" (fls. 701/702e).

Por fim, requer "a reconsideração da r. decisão agravada ou a submissão do recurso ao Colegiado, com pedido de provimento do Agravo interno, com conseqüente reforma da r. decisão adversa, no sentido de não se conhecer ou negar provimento ao Recurso Especial do contribuinte" (fl. 702e).

Impugnação da parte agravada (fls. 707/710e), pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 818.014 - SP (2015/0276336-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CARLOS MIYAKAWA E OUTRO(S) - SP097961
AGRAVADO : IZABEL DE MENESES ORMONDE - ME
ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP119284
ALLAN WELLINGTON VOLPE VELLASCO - SP219926

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA VISANDO A ANULAÇÃO DO ATO DE DESENQUADRAMENTO DO SIMPLES PAULISTA E A DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA IMPUGNADOS. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM SOBRE QUESTÕES RELEVANTES, EM TESE, PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO REFERENTE AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, POR AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/73. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão monocrática que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/73.

II. Na forma da jurisprudência deste Tribunal, ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014.

III. Nos presentes autos, ao dar provimento à Apelação, interposta pela parte ré, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar, de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, acerca das alegações, contidas na petição inicial e nas contrarrazões à Apelação, no sentido de que o ato declaratório de inidoneidade não pode retroagir, para atingir terceiro de boa-fé, e de que "não se aplica ao caso o disposto no artigo 136 do CTN, mas sim o disposto no artigo 137 do CTN". Opostos Embargos de Declaração, pela parte autora, foram eles rejeitados, sem manifestação acerca dos referidos pontos, relevantes, em tese, para a solução da controvérsia. O Recurso Especial, interposto pela parte autora, apontou violação ao art. 535 do CPC/73.

IV. É de se reconhecer que não houve a devida fundamentação do acórdão recorrido, com omissão sobre matérias relevantes, em tese, ao deslinde da controvérsia, razão pela qual merece ser mantida a decisão ora agravada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC/73.

V. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte ré, ora agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Trata-se, na origem, de Ação Declaratória, ajuizada por IZABEL DE MENESES ORMONDE ME., visando a declaração de ilegalidade de seu desenquadramento do Simples Paulista, assim como a desconstituição do Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) 3.134.398-3, de cuja petição inicial constam, como causas de pedir, as seguintes alegações: a) "ausência de fundamentação legal para o desenquadramento"; b) "insubsistência da notificação ante a idoneidade dos documentos à época das operações"; c) irretroatividade da declaração de inidoneidade e do cancelamento da inscrição estadual da empresa Rubens Batista do Amaral - Rancharia; d) violação ao princípio da publicidade; e) competência de fiscalizar a empresa Rubens Batista do Amaral exclusiva do Estado; f) boa-fé da empresa autora, seja porque, "mesmo na condição de destinatária das mercadorias, não se beneficiou da apropriação de ICMS, seja, ainda, porque o Fisco reconheceu a constituição regular da empresa Rubens Batista do Amaral e a ocorrência das operações.

Colhe-se da petição inicial, outrossim, a alegação de que "não se aplica ao caso o disposto no artigo 136 do CTN, mas sim o disposto no artigo 137 do CTN, e que está demonstrado que a empresa notificada não participou nem contribuiu com qualquer ato de simulação contra o Fisco" (fl. 37e).

Após o regular processamento do feito, sobreveio a sentença, na qual a demanda foi julgada procedente, "para determinar a anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa 3.134.398-3 e imposições fiscais decorrentes (lançamento de débito fiscal), bem como seja anulada a decisão que desenquadrou a autora do sistema de microempresa por consequência do referido AIIM" (fls. 490/495e).

Interposta Apelação, nas respectivas razões recursais a parte ré defendeu a tese de que, nos termos do art. 136 do CTN, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato (fls. 498/516e).

Nas contrarrazões à Apelação a parte autora sustentou, uma vez mais, que não se aplicaria ao caso o art. 136 do CTN, mas o art. 137 do CTN, bem como que o ato declaratório de inidoneidade não poderia retroagir, para atingir terceiro de boa-fé, e ainda, que ela teria tomado as seguintes cautelas, à época das transações em questão: "1ª) verificou se as notas fiscais foram emitidas com a autorização da Fazenda Estadual e com o preenchimento de todos os requisitos legais e formais; 2ª) a providência seguinte foi a consulta regular ao SINTEGRA (...) 3ª providência - consulta na Receita Federal" (fls. 525/526e).

No acórdão recorrido, ao dar provimento à Apelação, interposta pela parte ré,

o Tribunal de origem deixou de se pronunciar, de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, acerca das alegações, contidas na petição inicial e nas contrarrazões à Apelação, no sentido de que o ato declaratório de inidoneidade não pode retroagir, para atingir terceiro de boa-fé, e de que "não se aplica ao caso o disposto no artigo 136 do CTN, mas sim o disposto no artigo 137 do CTN", como se constata por simples leitura do voto condutor do referido acórdão, a seguir reproduzido, na íntegra:

"O princípio da não cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, II e parágrafo 2º, I, da CF, permite a compensação de créditos, escriturados considerando os valores documentados pelas respectivas notas fiscais de entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte.

O art. 23 da LC 87/96 esclarece que o direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Na mesma linha, o art. 36, § 1º, ns. 3 e 4, da Lei Estadual 6.374/89, considera documento fiscal hábil o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante de recolhimento do imposto. E, considera regular perante o Fisco, a do contribuinte que, à data da operação, esteja inscrito na repartição fiscal competente, se encontre em atividade no local indicado e possibilite a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais indicados ao fisco.

No entanto, **no caso em tela, muito embora tenha juntado aos autos grande quantidade de documentos, não comprovou, de forma efetiva, suas alegações. Não fez provas da compra e entrega das mercadorias. Conforme se infere do relatório de apuração elaborado pelo Fisco, de fls. 103/127, no local indicado como suposto estabelecimento da fornecedora da autora nunca houve movimentação de mercadorias. O local sempre esteve vazio, em estado deplorável de conservação, sendo completamente inadequado para a atividade declarada, razão pela qual, teve sua inscrição estadual bloqueada. Trata-se, segundo a Fazenda, de imóvel utilizado apenas para simulação da existência de empresas ou, como dito a fls. 427, as mercadorias foram compradas de empresa inexistente ou, que não atuava no ramo de atividade declarada em seus atos constitutivos, ou seja, abate de bovinos e venda dos produtos resultantes.**

Cabia à apelante, nesse quadro, a prova de existência da empresa referida, do pagamento do valor de cada nota fiscal, com a indicação

do meio de transporte utilizado na entrega das mercadorias. É sintomática, a propósito, a alegação de que as compras realizadas foram pagas à vista. As notas fiscais serviram, em verdade, à escrituração do crédito, cuja compra e venda não foi comprovada.

Assim, considerando o disposto no art. 333, I do CPC, de rigor a subsistência dos autos de infração e a exigibilidade dos tributos. A perda da condição de empresa de pequeno porte – do enquadramento no Simples Paulista era de rigor. A propósito, dispõe o art. 6º, III, da Lei 10.086/98 que o contribuinte será desenquadrado de ofício quando adquirir mercadorias ou tomar serviços sem o correspondente documento fiscal. De rigor, nesse quadro, a improcedência da ação e para esses efeitos é dado provimento aos recursos - da Fazenda e oficial, invertidos os ônus da sucumbência" (fls. 544/546e).

A parte autora, ora agravada, opôs Embargos Declaratórios, em 2º Grau, requerendo o pronunciamento do Tribunal de origem sobre as questões referentes à retroatividade, ou não, da declaração de nulidade da inscrição estadual da empresa Rubens Batista do Amaral - Rancharia, em face de terceiros de boa-fé, e à aplicabilidade do art. 137 do CTN, em detrimento do art. 136 desse mesmo diploma legal.

Confiram-se, no que interessa à espécie, as razões dos aludidos Declaratórios:

"(...) entende-se cabível os presentes embargos para que seja procedida uma análise minuciosa das provas apresentadas nos autos, sobretudo, por evidenciarem a boa fé da embargante, que obriga, a teor do disposto no artigo 137 do CTN, prova do dolo e concorrência com a ação lesiva, o que não ocorre na espécie. Vejamos:

Quando uma empresa adquire mercadorias, os itens do negócio que interessam às partes são: a mercadoria, o preço e as condições da entrega daquilo que foi adquirido, assim como o cumprimento das cláusulas ajustadas pelas partes envolvidas na transação comercial.

A praxe comercial, na compra à vista, é o comerciante receber a mercadoria e fazer o pagamento no ato da entrega. O adquirente da mercadoria, de posse da nota fiscal de compra, se credita do ICMS, nos termos do RICMS de seu estado.

Quem está no mercado vê a confiança crescer entre comprador e vendedor, diante de reiterados negócios, cumpridas as obrigações comercial, não havendo motivos para existir desconfiança.

Ora, se o contribuinte vendedor emitiu as notas fiscais a que está obrigado e com observância de todos os requisitos exigidos pela legislação pertinente, e se as vias das notas fiscais assim emitidas foram entregues normalmente a esta empresa autuada, no ato do pagamento e da entrega dos produtos, podemos afirmar que foram cumpridos os deveres a que se submetem, em matéria de emissão de

notas fiscais.

Além do mais, os deveres relativos à emissão e recepção de documentos fiscais comportam exame não só do emitente como também daquelas obrigações atribuídas ao comprador, além dos Fiscais de plantão nos Postos de Fiscalização, quando do trânsito em rodovias, pela obrigação de aferirem os veículos que por ali transitam com mercadorias. Tem-se então a presunção de legalidade da documentação a favor do adquirente, com possibilidade do creditamento do ICMS contido no documento fiscal.

Assim, do ponto de vista do recebedor da mercadoria, os deveres para com o fisco resumem-se em receber documentos apenas na forma prevista na norma jurídica inserida no RICMS de seu estado. Se o documento recebido satisfaz integralmente os requisitos da legislação, não é o recebedor responsável por eventuais descompassos entre a realidade e a declaração de fatos, entre os quais não teve qualquer participação. Tão pouco tem o dever jurídico de conhecer assim como o dever de diligência.

É certo afirmar que não é do comprador a obrigação quanto à veracidade dos fatos declarados pelo vendedor, uma vez que sequer tem condição dos mesmos ter conhecimento, especialmente no caso em questão, que na época das transações, os próprios canais de informação do Fisco Estadual ratificavam a situação de regularidade da empresa Rubens Amaral.

Excelência, havendo, na época, a empresa autora tomado providências no sentido de conferir a regularidade do CNPJ e da inscrição estadual, bem ainda, de haver recebido as mercadorias com as respectivas notas fiscais, que foram emitidas com a permissão da Fazenda Estadual (reconhecimento das AIDFs, constantes nos autos), se as notas foram regularmente contabilizadas, não pode ser punida com o desenquadramento, conforme já julgou nossos tribunais:

(...)

No caso, se se percorrer os olhos nos autos, verificar-se-á que o estabelecimento é pequeno (há fotos nos autos), que não é disposto de câmaras frias, mas apenas de balcões de refrigeração.

A condição fática é plenamente compatível com os quantitativos de produtos constantes nas notas fiscais, cujas cópias compõem os autos.

Os pagamentos das compras realizadas à vista não induzem má-fé, pelo contrário, basta se proceder a análise minuciosa dos valores de cada nota. São valores pequenos, quantidades pequenas de mercadorias.

No período de outubro de 2005 a outubro de 2007, a totalidade das notas fiscais alcançam a cifra de R\$ 51.801,16, que se dividido por 24 meses, totaliza R\$ 2.158,38 ao mês, que se dividido por 25 dias, têm-se uma despesa diária com a aquisição de carnes para suprimento do estabelecimento, da ordem de R\$ 86,33 (oitenta e seis reais e trinta e três centavos).

Veja que os valores aplicados são condizentes com a alegação de pagamento à vista.

Se o ínfimo quantitativo de mercadorias não houvesse sido entregue, não haveria mercadoria para o exercício da atividade.

Veja que as mercadorias adquiridas são, em sua maioria absoluta, carne bovina, compatível com o exercício da atividade da embargante.

Destarte, **as alegações expressas no v. acórdão, no sentido de que 'muito embora tenha juntado aos autos grande quantidade de documentos, não comprovou, de forma efetiva, suas alegações. Não fez provas da compra e entrega das mercadorias...' (sic, fls. 4 do acórdão), com a devida vênia, merece uma análise mais apurada.**

E esta é a razão dos embargos.

Se a mercadoria foi entregue mediante pagamento à vista; se houve o fornecimento da nota fiscal pelo fornecedor; se o comprovante de entrega da mercadoria é documento que fica retido pelo fornecedor, que outro tipo de prova poderia a embargante apresentar perante esse r. Juízo.

A empresa tem sede em Rancharia, mas abatia no Município de Lupercio.

Outro ponto a ser considerado é que a empresa tinha sede no Município de Rancharia, mas o abate era realizado no Município de Lupercio.

O r. julgado tomou como premissa a constatação feita pelo Fisco, constante no relatório de apuração, assim consignando:

(...)

Ponto a ser salientado é que, **no famigerado relatório utilizado para embasar a decisão, o que se constata, repetidas vezes, é o reconhecimento do próprio Fisco, da existência da empresa e de suas operações**, pois registra:

(...)

Às folhas 03, o Fisco é categórico:

(...)

No item 8, do relatório de apuração, às folhas 09, ao relatar sobre os documentos apreendidos no estabelecimento declarado como sede da empresa, o Fisco fez consignar:

(...)

Ainda, importa registrar também, **no aludido relatório, além do reconhecimento da existência formal e jurídica da empresa, o Fisco reconhece a ocorrência de operações.**

Às fls. 01/02, relata:

(...)

Pois bem, se no Município de Rancharia havia a sede administrativa da empresa, como constatado no Relatório de Apuração do Fisco, e as notas fiscais emitidas para a entrega de mercadorias indicava a sede da empresa fornecedora como sendo a do mesmo referido, com a devida vênia, não há irregularidade, ainda mais porque, no caso em questão, as notas emitidas vinham com um carimbo inserto com a seguinte observação:

'Os bovinos foram abatidos no frigorífico comercial Bossoni Ltda. Estrada Matadouro - Municipal, Km 1 - Lupercio - SP - SISP nº 0491.'

Aqui, o Fisco, nas folhas 228 do processo administrativo, trazido integralmente para os autos, a autoridade administrativa, ao manter a notificação, argumenta que 'de fato industrialização por terceiros é prática legalizada, porém segue um rito totalmente diferente do ocorrido, também claramente definido em lei, o 'aviso' constante na nota, não supre as exigências legais, nem torna legal o ato irregular, deveria, sim, ser motivo de alerta ao adquirente'.

Será?????

Será que o adquirente do produto, no caso a embargante, se cercando das cautelas de consultar SINTEGRA, consultar sítio da Receita Federal, confirmar endereço e existência da empresa, receber notas fiscais com emissão assegurada pela Secretaria da Fazenda Estadual, com a indicação de que está sendo feita uma operação de industrialização que é prática legalizada, tem condições de desconfiar e exigir mais alguma coisa para fechar o negócio?????

E o que poderia exigir do fornecedor???? Seus livros contábeis, uma declaração do seu contador para vender dez quilos de carne!!!!!!

A questão da industrialização do produto haver acontecido em local diverso da sede do estabelecimento não é uma atividade ilegal ou vedada por lei.

Pelo contrário, a prática é cada vez mais comum.

Como exemplo, vale lembrar que há várias distribuidoras de combustíveis que têm sede em grandes e luxuosos escritórios da capital, mas firmam contratos de armazenagem com terceiros em Paulínia e região, sendo a distribuição do combustível por ela comercializados, efetivamente distribuídos por terceiros.

Douto Relator,

Ínclitos Julgadores,

A embargante, dada a condição fática apresentada nos registros constantes nos autos - auto de infração - relatório do Fisco e defesas, não tem condições de apresentar outras provas que não as já contidas, razão de se requerer a análise dos detalhes aqui ressaltados, para a devida adequação do julgado.

De todos os itens necessários a se registrar em uma nota fiscal, 'a indicação do meio de transporte utilizado na entrega das mercadorias' (sic, fls. 4) não é o item que, se ausente, torna o documento inidôneo. Vejam as informações dadas pelas Secretarias de Estado das Fazendas, em seus respectivos sites:

(...)

No caso em questão, ressalte-se, a análise do quantitativo das mercadorias adquiridas. A ausência dos dados do veículo não pode ser o único fator a justificar a inidoneidade dos documentos que acompanharam as operações feitas pela embargante com a empresa RUBENS de Rancharia.

Prequestionamento

Por fim, requer seja enfrentado, para fins de prequestionamento, as

seguintes matérias apresentadas nas contrarrazões que não foram deliberadas pela Colenda Corte:

O Ato Declaratório não pode retroagir para atingir terceiro de boa fé.

No caso em questão, as operações foram feitas no período de 2005 até 2007.

Foi instaurado processo administrativo em 2008, e a Declaração de Nulidade da Inscrição Estadual, foi publicada em 30 de agosto de 2008, fls. 190 destes autos.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme v. acórdão juntado às folhas 341, invocando outros julgados, admitindo a retroatividade da 'invalidade' das notas fiscais, delimitou o campo de responsabilidade, excluindo o contribuinte que não tem condições de saber da situação da empresa:

(...)

O Superior Tribunal de Justiça, a respeito da irretroatividade da declaração de inidoneidade para atingir terceiros de boa-fé, já se pronunciou afirmando que:

(...)

'O que não se revela consentâneo com a natureza das coisas é a automática consideração de ser inábil todo e qualquer documento fiscal que tenha sido emitido pela empresa inidônea; ou seja, não é razoável a opção interpretativa que em aplicação do decreto regulamentar, confira-lhe o senso de que sempre será havida como desacompanhada de documentação a operação cometida por contribuinte que não esteja em situação regular, ainda que a 'irregularidade' somente venha a ser proclamada ulteriormente' (sic, fls. 352 destes autos).

A corroborar a afirmação supra, temos a ementa da AP 994061023537; 8ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 16/09/2009; Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti):

(...)

Acontece que a embargante não foi negligente, e se acautelou de todas as formas e maneiras possíveis para certificar-se de que estava promovendo relação comercial com pessoa jurídica regular.

Aplicação do artigo 137 do CTN em detrimento do artigo 136

Não se trata no caso em questão, da aplicação da responsabilidade objetiva de que trata o artigo 136, e que insiste a Fazenda, mas sim, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça, de apuração subjetiva, a teor do disposto do artigo 137, do CTN - acórdãos às folhas 271 e seguintes dos autos:

(...)" (fl. 555/569e).

Todavia, ao rejeitar os Declaratórios, o Tribunal de origem limitou-se a consignar, no particular, que "a Turma julgadora esclareceu que apesar dos documentos constantes dos autos, a ora embargante não logrou êxito em comprovar de forma efetiva suas alegações" (fl. 577e).

No Recurso Especial, sob alegação de contrariedade ao art. 535, II, do CPC/73, a parte autora sustentou, em síntese, a nulidade do acórdão dos Embargos de Declaração, por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que "a sentença de primeira instância, reformada no Tribunal, declarou a ilegalidade da retroatividade da declaração de inidoneidade fiscal, e sobre essa matéria, mesmo ressaltada nas contrarrazões do recurso de apelação, pela recorrente, nada foi registrado pelo Tribunal **a quo**, mesmo quando insistido em sede de Embargos de Declaração" (fl. 611e). Ao final, a autora pediu o provimento do Recurso Especial, "para que se anule os v. acórdãos, determinando à Colenda Câmara que enfrente as matérias de direito suscitadas, pertinentes à aplicação do artigo 137 ou 136 do CTN ao caso, bem como deliberando sobre a retroatividade ou irretroatividade da declaração de inidoneidade fiscal em relação a atos de terceiros" (fl. 612e).

Para demonstrar a relevância, em tese, das questões suscitadas nos Embargos de Declaração, basta observar que, na forma da jurisprudência do STJ, "é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda" (Súmula 509/STJ), sendo firme a jurisprudência desta Corte, outrossim, no sentido de que a demonstração da boa-fé do adquirente se dá mediante a apresentação da documentação fiscal inerente à aquisição da mercadoria e que estampe a regularidade da situação do alienante no momento da transação, de modo que, apresentados tais documentos, caberá ao Fisco o ônus de provar que a operação registrada nas aludidas notas fiscais não aconteceu, afastando, assim, a presunção de boa-fé da contribuinte:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECLAMAÇÃO. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.148.444/MG. NÃO OBSERVÂNCIA. ICMS. CREDITAMENTO. NOTAS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. BOA-FÉ DA EMPRESA ADQUIRENTE. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

1. É cabível reclamação para garantir a observância de precedente formado em julgamento de recurso especial repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Inteligência do art. 988, § 5º, do CPC.
2. Exaurida a instância recursal ordinária com o julgamento do agravo interno a que se refere o art. 1.030, § 2º, do CPC, esse é o julgado cuja validade será o objeto de análise desta reclamação e de eventual juízo de cassação tendente a dar a correta destinação do recurso especial obstado na origem.
3. **O voto condutor do acórdão do REsp repetitivo 1.148.444/MG, da lavra do em. Luiz Fux, consignou que 'o comerciante que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido, posteriormente declarada inidônea, é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, desde que demonstrada a veracidade da compra a venda efetuada [...] a responsabilidade do**

adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco'.

4. A demonstração da boa-fé do adquirente, na linha do repetitivo, se dá mediante a apresentação da documentação fiscal inerente à aquisição da mercadoria e que estampe a regularidade da situação do alienante no momento da transação, de modo que, apresentados tais documentos, caberá ao fisco o ônus de provar que a operação registrada nas aludidas notas fiscais não aconteceu, afastando, assim, a presunção de boa-fé da contribuinte.

5. No presente caso, o acórdão da apelação, equivocando-se quanto à distribuição do ônus probatório, adotou o entendimento de que, muito embora a contribuinte tenha apresentado a documentação que estava à sua disposição e que comprova a entrada 'formal' das mercadorias adquiridas em seu estabelecimento, inclusive com juntada dos respectivos comprovantes de pagamento, em razão dos fatos apurados pelo fisco em relação à empresa alienante, os quais indicariam que ela estaria inativa em momento anterior às transações realizadas com a reclamante, concluiu que a contribuinte não se desincumbiu de provar a efetiva realização dos negócios que ensejaram o creditamento do ICMS.

6. Com a juntada da documentação pertinente às entradas das mercadorias que ensejaram o creditamento de ICMS, a reclamante produziu a prova que estava ao seu alcance para demonstrar a condição de adquirente de boa-fé, de modo a inverter o ônus da prova, competindo ao fisco comprovar objetivamente que não ocorreu o fato registrado por tais documentos fiscais, sendo certo que a apuração da inatividade da alienante pode servir para respaldar a declaração de inidoneidade desse fornecedor, mas, por si só, não é apta a infirmar a existência do negócio informado nas notas fiscais e, por conseguinte, afastar a boa-fé da adquirente.

7. Hipótese em que deve ser cassado o acórdão reclamado que negou seguimento ao recurso especial (art. 1.030, I, 'b', do CPC) e, em substituição, determinado que os autos do processo principal retornem à 9ª Câmara de Direito Público, para que proceda ao juízo de conformação (art. 1.030, II, do RISTJ) com o precedente obrigatório formado no julgamento no REsp repetitivo 1.148.444/MG, ocasião em que o Órgão fracionário deverá verificar se o fisco produziu a prova idônea de que não ocorreram as operações mercantis informadas nas notas fiscais de entrada anexadas pela contribuinte.

8. Reclamação julgada procedente" (STJ, Rcl 37.081/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/04/2019).

Diante do contexto dos autos, não merece reparos a decisão ora agravada, que reconheceu a vulneração ao art. 535 do CPC/73.

Com efeito, é firme o posicionamento desta Corte de Justiça no sentido de

que ocorre violação ao art. 535, II, do CPC/73 quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1.- **Há omissão, com ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no julgado que deixa de examinar questão versada no recurso que lhe foi submetido, cuja apreciação era relevante para o deslinde da controvérsia.**

2.- No caso, o Tribunal de origem foi omissivo ao não se pronunciar acerca da prescrição da pretensão indenizatória, que teve por fundamento a alegação de que não podem ser chamados, em 2007, a indenizar valores relativos aos débitos listados na inicial, que dizem respeito ao período de 1982 e 1994.

3.- **A nulidade do julgamento, por omissão, tem por pressuposto a necessidade de pronunciamento do juiz ou do Órgão colegiado sobre determinada questão relevante ao deslinde da controvérsia.**

4.- Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. **Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, quando os temas suscitados nos embargos de declaração são indispensáveis ao deslinde da controvérsia e o Tribunal de origem não se pronuncia acerca de tais questões, mister a anulação do acórdão para que outro seja proferido, ante a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil.**

2. Hipótese em que o Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre a alegada violação do art. 10, inciso I, da Lei 10.833/2003. Retorno dos autos para novo julgamento dos embargos de declaração.

Agravo regimental provido" (STJ, AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014).

Portanto, é de se reconhecer que não houve a devida fundamentação do acórdão recorrido, com omissão sobre matérias relevantes, em tese, ao deslinde da controvérsia, razão pela qual se afigura acertada a decisão ora agravada, que reconheceu

Superior Tribunal de Justiça

a afronta ao art. 535, II, do CPC/73.

Assim, não tendo a parte ré, ora agravante, logrado êxito em infirmar os fundamentos que nortearam a decisão agravada, impõe-se a sua manutenção, em todos os seus termos.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no AREsp 818.014 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2015/0276336-0

Número de Origem:

00000602820118260344 602820118260344 3440120110000603 00611 0062011

Sessão Virtual de 26/05/2020 a 01/06/2020

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : IZABEL DE MENESES ORMONDE - ME

ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP119284

ALLAN WELLINGTON VOLPE VELLASCO - SP219926

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : CARLOS MIYAKAWA E OUTRO(S) - SP097961

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : CARLOS MIYAKAWA E OUTRO(S) - SP097961

AGRAVADO : IZABEL DE MENESES ORMONDE - ME

ADVOGADOS : MÁRCIA APARECIDA DE SOUZA E OUTRO(S) - SP119284

ALLAN WELLINGTON VOLPE VELLASCO - SP219926

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 01 de junho de 2020