



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.739 - SP (2017/0159123-9)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADO : ALFREDO VASQUES DA GRAÇA JUNIOR E OUTRO(S) - SP126072
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JORGE MIGUEL FILHO E OUTRO(S) - SP103549

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC/73. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. EXAME DE ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. OBSERVÂNCIA. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 20/11/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, o Tribunal **a quo**, em autos de Ação Anulatória de Débito Fiscal, negou provimento ao Agravo Retido e à Apelação da ora agravante, a fim de manter a sentença que julgara improcedente o pedido, ao fundamento de que: a) "a prova era documental, sendo desnecessária, portanto, a realização de prova pericial"; b) a autuação que ensejou a cobrança de ICMS mostrou-se legítima, pois a ora agravante teria adquirido couro, sem que a mercadoria tivesse transitado regularmente pelo estabelecimento da vendedora, gerando indevido creditamento do tributo.

III. Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535, I e II, do CPC/73, a parte agravante não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013.

IV. Os argumentos de ofensa ao art. 535, I e II, do CPC/73, suscitados nas razões do presente Agravo interno, diferem dos apresentados no Recurso Especial, tratando-se, portanto, de indevida inovação recursal, que não merece ser conhecida, na forma da jurisprudência. A propósito: "É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa" (STJ, AgInt no REsp 1.536.146/PB, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/09/2016).

V. A discussão em torno de questão de índole constitucional deve ser realizada na via apropriada, descabendo ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, pronunciar-se sobre alegada violação a dispositivos da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência reservada à Suprema Corte (art. 102, III, da CF/88). Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.449.708/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/08/2014; AgRg no AREsp 459.862/RO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/08/2014; AgRg no AREsp 507.224/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 01/08/2014).

VI. Em nosso ordenamento jurídico vige o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado analisa a prova livremente, mas deve expor as razões do seu convencimento. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 206.065/BA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/09/2015; REsp 1.696.767/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017; AgRg no AREsp 793.529/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 28/03/2016.

VII. O entendimento firmado pelo Tribunal **a quo**, à luz das provas dos autos, no sentido da desnecessidade de produção de prova pericial e da irregularidade no pagamento do ICMS, tal como constatado pela autoridade fiscal, não pode ser revisto, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ.

VIII. Agravo interno improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 03 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.739 - SP (2017/0159123-9)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por VITAPELLI LTDA. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, contra decisão de minha lavra, publicada em 20/11/2018, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por VITAPELLI LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão, proferido na vigência do CPC/73, assim ementado:

'Ação anulatória de débito fiscal - ICMS - Falta de pagamento do tributo decorrente de operações tributárias omitidas ao fisco e do creditamento indevido em razão de escrituração irregular de documentos fiscais - Ocorrência - Auto de infração de imposição de multa que não se ressente de vícios - Sentença de improcedência - Agravo retido e apelo desprovidos' (fl. 794e).

Opostos embargos de declaração (fls. 803/810e), esses foram rejeitados. Nas razões do Recurso Especial aponta que o acórdão recorrido violou os arts. 302, 333, inciso I, e 535 do CPC/73, 112, inciso II, e 137, ambos do CTN, 19, 20 e 23 da Lei Complementar 87/96 e 155, § 2º, inciso I, da CF/88.

Sustenta, em síntese, além de negativa de prestação jurisdicional, que houve violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, que o pagamento do imposto ICMS pela revendedora é suficiente para a declaração de insubsistência do Auto de Infração.

Aduz, ainda, que se houve irregularidade no 'levantamento específico junto à empresa Marfrio para com a Marfrig, por diferença de entradas de mercadorias, caberia somente a tais empresas (Marfrio/Marfrig) responder pelas irregularidades cometidas, não a recorrente que comercializou apenas com a empresa Marfrio, cujas notas foram emitidas corretamente, destaco o imposto ICMS pertinente, inclusive com o peso correto da mercadoria adquirida e entregue' (fl. 825e).

Por fim, alegou que não pôde 'exercer na plenitude o ônus da prova previsto no art. 333, inciso I do CPC', uma vez que seria necessário prova pericial contábil para tanto.

Apresentadas contrarrazões às fls. 846/857, foi o Recurso Especial inadmitido na origem (fls. 862/863e), daí a interposição do presente Agravo (fls. 866/882e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contraminuta apresentada às fls. 885/888e.

A irresignação não merece acolhimento.

Inicialmente, no tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional e consequente afronta ao art. 535, inciso II, do CPC/73, a parte recorrente limitou-se a aduzir que:

'Pontua-se, de início, que o ora recorrente, tempestivamente, opôs Embargos de Declaração para fins de aclarar pontos omissos e contraditórios, bem como a obtenção do prequestionamento explícito sobre os temas federais apontados, mas os Embargos foram rejeitados sem adentrar nas questões federais explicitamente suscitadas.

Os Embargos de Declaração foram sumariamente rejeitados, sem alteração no v. acórdão recorrido.

Sendo mantido in totum o r. julgado sem alteração mesmo com a interposição dos Embargos de Declaração para corrigir omissão no julgamento, o recorrente não tem outro meio para invocar a manifestação explícita dos Doutos Julgadores sobre a questão federal violada, tendo se valido do instrumento processual possível e cabível, o qual não foi admitido.

Inadmissível, pois, concluir pela ausência de prequestionamento ou de aclaratórios para a instância de origem se o instrumento manejado para tanto não foi admitido.

Assim, a matéria versada neste Apelo Especial mereceu enfrentamento, senão de forma explícita, pelo menos implicitamente, o que caracteriza o prequestionamento viabilizador da Instância Especial. Mas se assim não entender, requer-se a decretação da nulidade do Acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração por negativa de vigência ao artigo 535, I e II da Lei n. 5.869/73 (CPC), isso para que outro seja proferido pelo Tribunal de origem, esclarecendo-se as questões que deixou de apreciar.

Não obstante, julgando da forma como explicitada no v. Acórdão recorrido, a Colenda Turma Julgadora do e. Tribunal de Justiça Paulista, acabou por contrariar leis federais em pleno vigor, daí a necessidade de correção por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça através do presente Recurso Especial.

Com a devida vênia, o v. acórdão recorrido dá interpretação equivocada dos dispositivos de lei federal, contrariando-os e negando vigência' (fls. 823/824e).

Da leitura deste excerto, verifica-se que a parte deixou de especificar quais os pontos omissos e de que modo o seu enfrentamento poderia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificar o julgamento, configurando alegação genérica.

Dessa forma, incide a ponto a Súmula 284/STF.

Nesse sentido:

'AGRAVO INTERNO EM AGRAVO (ART. 1.042, CPC/2015) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA.

1. A alegação de afronta ao artigo 535 do CPC/1973 (art. 1.022, CPC/2015) de forma genérica impede o conhecimento do recurso especial ante a deficiência na fundamentação. Incidência da Súmula 284 do STF, por analogia.

(...)

6. Agravo interno desprovido' (STJ, AgInt no AREsp 522.337/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 05/04/2017).

Prosseguindo, consigna-se que o recurso especial não é a via adequada para exame de suposta violação a dispositivos e princípios constitucionais (art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88 - Princípio da não-cumulatividade), uma vez que tal matéria é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição Federal.

Ilustrativamente:

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO E PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. INÉRCIA DA AGRAVANTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

4. A análise acerca da suposta violação a dispositivos constitucionais não é possível na via especial por ser matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 102, III, da CF/88.

5. Agravo interno não provido' (STJ, AgInt no AREsp 1.066.514/RS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/10/2017).

Á respeito da pretensão de se afastar o envolvimento da parte recorrente nas irregularidades apuradas pelo Fisco e desconstituir a conclusão de que houve creditamento indevido de ICMS, verifica-se que incide ao ponto a Súmula 7/STJ.

Com efeito, o Tribunal de origem, assim consignou:

'Segundo consta dos autos a aludida autuação (fls. 40) se deu em razão da autora ter deixado de pagar ICMS no valor de R\$ 34.358,98, nos meses de janeiro e março de 2.001, por ter adquirido couros da empresa Marfrio Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, sediada em Santo André, sem que as mercadorias tivessem transitado pelo estabelecimento da vendedora, já que no local encontrava-se o escritório administrativo desta. Consta ainda que as mercadorias foram encaminhadas pela Marfrig Ltda, sediada em Bataguassú/MS, por conta e ordem da vendedora em operações 'casadas', ou seja, a Marfrio adquiria couros da Marfrig, sendo que as mercadorias eram entregues à autora Vitapelli, diretamente do estabelecimento da Marfrig/MS, que, por sua vez, emitia uma nota fiscal de venda para a Marfrio e uma nota de remessa para a Vitapelli, com dados do mesmo veículo transportador e do mesmo motorista. A Marfrio adquiriu couros de bovinos no estado verde e não procedeu à industrialização, mas comercializou na mesma data, no estado de couros 'salgados', 'descarnado ou perfilado', com pesagem/quantidade em quilos superior. Entretanto, verificou-se que os couros saíram do estabelecimento da Marfrig no estado 'verde' e ingressaram no estabelecimento da Vitapelli no mesmo estado, portanto, a quantidade indicada nas notas fiscais da Marfrig foram as reais entradas no estabelecimento da Vitapelli e não as constantes das notas fiscais da Marfrio. Assim, o couro não podia ser transformado de verde para salgado ou desencarnado/perfilado no percurso de Bataguassú/MS a Presidente Prudente/ SP e em quantidades superiores às realmente entradas no estabelecimento da Vitapelli.

Como bem ponderou a Procuradoria de Justiça:

'A prova dos autos dá conta de que entre a apelante e as empresas Marfrig Ltda e Marfrio Indústria Comércio Importação e Exportação de Couros Ltda foram realizadas operações de natureza triangular. A Marfrig vendia couro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bovino para a Marfrio que, por sua vez, repassava a mercadoria para a aqui recorrente, consistindo essa transação uma operação de venda à ordem, em princípio, permitida pela legislação tributária.

Contudo, a vasta documentação acostada demonstrou que, na verdade, a Marfrig vendia para a Marfrio cargas de couro verde, mas, quando esta última transacionava a mesma mercadoria para a aqui apelante, ela era faturada como couro salgado.

Havia, também, divergência de peso entre o que fora transacionado e o efetivamente transportado.

Tais circunstâncias foram suficientes para atestar a irregularidade do negócio, já que efetivado à margem do quanto autorizado pela legislação tributária específica.

Cumpra ponderar que, como referido na r. sentença (fls. 644 — 4º parágrafo), 'nas operações à ordem tem que haver perfeita identidade entre a operação originária e a final', e como visto, tal não ocorreu 'in casu'.

Some-se a isso o observado pelo Promotor de Justiça a fls. 635:

'A própria autora reconheceu que a empresa Marfrig emitida notas fiscais de remessa com valores e pesagens inferiores ao que fora contratado com a Marfrio, admitindo que, recebia as mercadorias de acordo com a pesagem e preços que constavam nas notas fiscais de entrada ('A empresa Vitapelli, ora autora, adquiriu couros da Marfrio, de Santo André (SP), recebeu fisicamente os couros nas quantidades e valores descritos nas notas fiscais de venda emitidas pela própria Marfrio, {...}' -fls. 21), mas conteve-se em tentar atribuir às duas empresas eventuais falhas.

Ora, por ocasião da autuação e da instauração do processo administrativo, ou mesmo agora, durante a instrução do presente feito, deveria a requerente comprovar que o imposto foi devidamente recolhido, tendo como base os valores dispostos nas notas fiscais emitidas pela Marfrio, comprovando-se os pagamentos realizados à empresa adquirente, nos valores indicados nas notas fiscais confeccionadas por ela, mas assim não o fez!!!'.

E mais:

'Assim, se tivesse a requerente comprovado que pagou pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercadoria efetivamente recebida estaria fazendo prova que creditou regularmente o imposto devido! Afinal, o destinatário da mercadoria, somente poderá creditar-se do imposto, mediante o registro da nota fiscal emitida pelo adquirente originário por ocasião da efetiva entrada da mercadoria em seu estabelecimento, devendo, ainda, manter juntamente com a nota fiscal referida, para apresentação ao Fisco, quando exigido, a nota fiscal que acompanhou a mercadoria.' (fls. 637).

Não há, portanto, como isentar a autora da infração aqui imposta, já que se valeu das irregularidades aqui descritas no auto de infração para se creditar de ICMS. Não há como afastar sua conduta da das empresas Marfrio e Marfrig, já que como dito acima, realizavam 'operações de natureza triangular'.

E, constatadas estas irregularidades, justo se mostra a lavratura do auto de infração e imposição de multa em face da autora, que, aliás, de nenhum vício se ressente.

A sentença, em suma, deu ao caso a correta solução e merece ser mantida por seus próprios fundamentos que aqui ratifico (art. 252 do RI deste Tribunal)" (fls. 795/799e).

Assim, destaca-se que a Corte **a quo** reconhecendo correta a autuação, argumentou que 'nas operações à ordem tem que haver perfeita identidade entre a operação originária e a final', o que não ocorreu no caso.

A corroborar o entendimento de incidência da Súmula 7/STJ:

'TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DA EMPRESA. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS DA CORTE DE ORIGEM INATACADOS, NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA INIDONEIDADE DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA BOA-FÉ DA EMPRESA ADQUIRENTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto contra decisão monocrática publicada em 03/10/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Trata-se, na origem, de Ação Anulatória de Débito Fiscal, na qual se pretende invalidar o Auto de Infração que resultou no estorno dos créditos de ICMS ao Fisco, provenientes de documentos fiscais inidôneos.

III. O Tribunal de origem, mantendo a sentença de improcedência, negou provimento ao apelo da contribuinte, para reconhecer como correta a autuação, julgando improcedente o pedido de anulação do débito fiscal.

IV. Restaram incólumes, nas razões do Recurso Especial, os fundamentos que sustentam o acórdão impugnado - no sentido de que a empresa, à época da venda das mercadorias, encontrava-se em situação irregular, de inexistência de prova de que o ICMS tenha sido quitado pela autora, ou de que as mercadorias tenham efetivamente entrado no estabelecimento da autuada, bem como de afastamento da boa-fé da empresa, tendo em vista que as operações foram realizadas entre os estabelecimentos autônomos da matriz e sua filial -, limitando-se a parte recorrente a defender, genericamente, a possibilidade de compensação do crédito de ICMS, oriundo de notas fiscais inidôneas. Portanto, é de ser aplicado o óbice da Súmula 283/STF, por analogia. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.573.930/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no REsp 1.554.761/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/03/2016).

V. Considerando a fundamentação adotada pelo acórdão recorrido, suas conclusões somente poderiam ser modificadas mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é obstado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte.

VI. Agravo interno improvido' (STJ, AgInt no AREsp 283.157/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2017).

Por fim, quanto à insurgência à respeito do indeferimento da prova pericial, este Superior Tribunal de Justiça jurisprudência no sentido de que 'de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, cumpre ao magistrado valorar a necessidade da produção probatória, não havendo cerceamento de defesa quando, em decisão adequadamente fundamentada, o julgador indefere a produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental' (STJ, AgRg no AREsp 827.092/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/03/2016).

Frise-se que, como na hipótese dos autos, 'o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova (arts. 130, 330, I, e 420, II, CPC), mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento. Aferir eventual necessidade de produção de prova demanda revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, ante o óbice do enunciado 7/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'. (STJ, AgRg no AREsp 291.170/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/05/2013; STJ, AgRg no AREsp 143.298/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/05/2012).

No mesmo sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. **VIOLAÇÃO DOS ARTS. 130, 330, I, E 420 do CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO.** SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ARESTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. OFENSA AO ART. 940 do CC.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. **A negativa de produção de prova testemunhal e pericial não caracteriza cerceamento de defesa porquanto o juiz é livre para apreciar as provas apresentadas e para indeferir diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias. Princípio do livre convencimento motivado.**

(...)

4. **A verificação da ocorrência de cerceamento de defesa demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ.**

(...)

8. Agravo regimental desprovido' (STJ, AgRg no AREsp 793.529/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 28/03/2016) (grifo nosso).

Neste contexto, conforme firme jurisprudência desta Corte, 'compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reexame é vedado em âmbito de Especial, a teor da Súmula 7/STJ' (STJ, AgRg no AREsp 184.147/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/08/2012).

Portanto, considerando a fundamentação adotada, o acórdão recorrido, que concluiu pela improcedência do pedido de produção de prova pericial somente poderia ser modificado mediante o necessário revolvimento dos aspectos concretos da causa, o que também é obstado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7/STJ.

Em face do exposto, com fundamento do art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, tendo em vista que o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, tal como dispõe o Enunciado administrativo 7/STJ ('Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC')" (fls. 902/909e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"C - DAS RAZÕES PARA A RECONSIDERAÇÃO OU REFORMA DA R. DECISÃO.

C.1 - DA ADEQUADA DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, INCISOS I E II, DO CPC/73. INEXISTÊNCIA DE ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO.

13. Ao contrário do que foi entendido na r. decisão agravada, a Agravante demonstrou de forma suficiente a violação do art. 535, incisos I e II, do CPC/73.

14. No recurso especial a Agravante alegou que apesar de ter opostos embargos de declaração abarcando questões de extrema importância que deveriam ser enfrentadas o E. TJ/SP proferiu v. acórdão genérico, sem enfrentar quaisquer desses argumentos.

(...)

16. Ora, Exa., quando a parte demonstra que opôs embargos de declaração e que esses embargos foram sumariamente rejeitados sem que tenha sido enfrentado um único ponto abordado, há clara violação aos arts. 535, incisos I e II, do CPC/73.

17. Nos embargos de declaração a agravante demonstrou que houve contradição no v. acórdão quando, apesar de manter o indeferimento do pedido de prova pericial decidiu que a Apelante, ora Agravante, não comprovou durante a instrução processual que pagou pela mercadoria efetivamente adquirida.

18. A agravante também demonstrou que o v. acórdão foi omisso em relação a fato incontroverso (não contestado pela agravada) de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS foi pago pela empresa MARFRIO em montante correspondente ao comercializado com a Agravante, pouco importando as divergências de quantidade existentes em notas para simples transporte da mercadoria.
(...)

20. Ora, a violação ao art. 535, I e II, do CPC/73, devidamente alegada no apelo especial, é clara pela própria leitura do v. Acórdão que julgou os embargos de declaração.

21. Com a devida vênia, a fundamentação genérica encontra-se no v. acórdão recorrido e foi justamente essa situação que ensejou a violação ao art. 535, incisos I e II, do CPC/73.

22. Portanto, a r. decisão merece ser reconsiderada, ou, então, reformada pela Col. Turma.

C.2 - DA CORRETA VIA DO RECURSO ESPECIAL.

23. A eminente Ministra Relatora entendeu que que o recurso especial não é a via adequada para exame de suposta violação a dispositivos e princípios constitucionais (art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88 - Princípio da não-cumulatividade), uma vez que tal matéria é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição Federal.

24. Nobres Ministros, não se nega que esta Colenda Corte Superior não possui competência para analisar violações a normas constitucionais.

25. Ocorre que todos os dispositivos legais tidos pela Agravante como violados pelos v. acórdãos recorridos encontram-se previstos em legislação infraconstitucional.

26. A não-cumulatividade do ICMS e o direito ao creditamento do imposto estão expressamente previstos na Lei Complementar n.º 87/96. A tese central da Agravante consiste na possibilidade de se creditar do imposto porque a empresa MARFRIO recolheu o imposto. Tal creditamento ocorreu na exata proporção do recolhimento que foi efetuado. A partir do momento que o E. Tribunal 'quo' deixa de reconhecer o direito ao creditamento do imposto há violação a dispositivos da Lei Complementar n.º 87/96, em especial dos arts. 19, 20 e 23.

27. A Agravante de fato abordou, como argumentação relacionada, o princípio constitucional da não-cumulatividade. Mas, isso não impede o enfrentamento da alegação de violação de normas infraconstitucionais que autorizam o creditamento do imposto.

28. Tanto isso é verdade que essa E. Corte, após julgar inúmeros casos em torno do direito ao creditamento do ICMS, editou a Súmula n.º 509. A tese jurídica fixada nessa súmula está intimamente ligada ao princípio constitucional da não-cumulatividade, mas isto não inviabilizou essa E. Corte de julgar inúmeros casos à luz da legislação infraconstitucional e firmar esse importante precedente jurisprudencial.

29. Dessa forma, a r. decisão merece ser reconsiderada, ou, então,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformada.

C.3 - DA QUESTÃO EM TORNO DO INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC

30. Essa E. Corte entendeu que não houve a alegada violação ao art. 333, inciso I, do CPC/73, pois 'cumpre ao magistrado valorar a necessidade da produção probatória, não havendo cerceamento de defesa quando, em decisão adequadamente fundamentada, o julgador indefere a produção de provas'.

31. Ocorre, Nobres Julgadores, que esse entendimento não pode ser aplicado no presente caso.

32. Isto porque, ao mesmo tempo que a produção da prova foi negada o pedido autoral foi tido por improcedente com o seguinte fundamento central:

(...)

33. O próprio v. acórdão recorrido afirmou que a Agravante deveria ter provado durante a instrução do feito judicial que o imposto foi devidamente pago. Ora, então não poderia ter sido indeferida a produção de prova pericial, na qual os citados pagamentos poderiam ser certificados.

34. O entendimento jurisprudencial que aqui se aplica, portanto, é outro, qual seja:

(...)

35. *In casu*, foi justamente essa situação que ocorreu. Primeiro o v. acórdão decidiu que a prova pericial era indispensável para depois indeferir a pretensão autoral com base em insuficiência de provas.

36. Há, portanto, clara violação ao art. 333, I, do CPC/73, sendo inaplicável o entendimento adotado na r. decisão ora agravada, que, portanto, merece reconsideração ou reforma.

C.4 - DA NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

37. A eminente Ministra Relatora também entendeu que o afastamento das irregularidades fiscais apuradas ensejaria reexame de provas, eis que o E. Tribunal 'a quo' julgou correta a autuação fiscal por inexistir exata identidade entre a operação originária e a final.

38. Essa questão pode e deve ficar prejudicada pelo acolhimento da alegação de violação ao art. 333, inciso I, do CPC, tratado no tópico antecedente, pois a Agravante teve cerceado o seu direito de produzir prova pericial que, se realizada, não deixaria quaisquer dúvidas a respeito da regularidade do creditamento.

39. Sem prejuízo, como explicitado em suas razões de Recurso Especial, o objetivo da Agravante não é repisar as provas dos autos, muito menos submeter a esse Egrégio Tribunal Superior as atribuições das instâncias inferiores.

40. Foi demonstrado que à luz do art. 302 do CPC/73 restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incontroversa a alegação (não contestada pela Agravada) de que o ICMS foi pago pela MARFRIO no percentual correspondente ao comercializado com a Agravante, com destaque realizado com base nas notas fiscais de venda e não com base nos documentos de simples transportes, nos quais haveriam as divergências de quantidade. De forma que, tendo havido o recolhimento do ICMS com base nos valores descritos nas notas fiscais de venda (MARFRIO - Vitapelli) é lícito o creditamento.

41. O citado fato incontroverso não é afetado pela mera alegação de divergências apontadas pelo fisco em relação a documentos não fiscais que dizem respeito à relação mantida entre as empresas MARFRIO x MARFRIG. Tampouco pode ser obstado o creditamento pela Agravante se aquelas empresas eventualmente cometeram alguma irregularidade.

42. Diante desse cenário, não se pode negar o direito creditório, devidamente assegurado nos arts. 19, 20 e 23 da Lei Complementar nº 87/1996, cuja verificação não implica em reexame de provas, mas sim em reavaliação de fatos incontroversos existentes nos autos, o que é permitido pela jurisprudência desse E. STJ:

(...)

43. Portanto, a r. decisão necessita ser reconsiderada, ou, então, reformada, a fim de que seja dado seguimento e provimento ao Recurso Especial" (fls. 917/925e).

Ao final, requer "seja DADO PROVIMENTO ao Agravo, a fim de que, reconsiderando-se ou reformando-se a r. decisão ora agravada, seja DADO PROVIMENTO ao Recurso Especial" (fl. 925e).

Intimada (fl. 926e), a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para apresentar impugnação (fl. 929e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.739 - SP (2017/0159123-9)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A irresignação não merece prosperar.

Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em autos de Ação Anulatória de Débito Fiscal, negou provimento ao Agravo Retido e à Apelação, a fim de manter a sentença que julgara improcedente o pedido, ao fundamento de que: a) "a prova era documental, sendo desnecessária, portanto, a realização de prova pericial" (fl. 795e); b) a autuação, conduzida pela autoridade estadual tributária – que cobrou a importância de R\$ 34.358,98 (trinta e quatro mil, trezentos e cinquenta e oito reais e noventa e oito centavos), a título de ICMS, relativo aos meses de janeiro e março de 2001 –, mostrou-se legítima, porquanto a ora agravante teria adquirido couro, sem que a mercadoria tivesse transitado regularmente pelo estabelecimento da vendedora.

Eis a ementa do acórdão:

"Ação anulatória de débito fiscal - ICMS - Falta de pagamento do tributo decorrente de operações tributárias omitidas ao fisco e do creditamento indevido em razão de escrituração irregular de documentos fiscais - Ocorrência - Auto de infração de imposição de multa que não se ressenete de vícios - Sentença de improcedência - Agravo retido e apelo desprovidos" (fl. 794e).

Do voto condutor do julgado, transcrevo o seguinte excerto, que bem demonstra os fundamentos que prevaleceram, na hipótese:

"O agravo retido não merece prosperar.

Isto porque, como confessou a autora a fls. 596, 'toda a situação fática e jurídica encontra-se descrita nas notas fiscais trazidas nos autos'. A prova era documental, sendo desnecessária, portanto, a realização de prova pericial.

Segundo consta dos autos a aludida autuação (fls. 40) se deu em razão da autora ter deixado de pagar ICMS no valor de R\$ 34.358,98, nos meses de janeiro e março de 2.001, por ter adquirido couros da empresa Marfrio Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, sediada em Santo André, sem que as mercadorias tivessem transitado pelo estabelecimento da vendedora, já que no local encontrava-se o escritório



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrativo desta. Consta ainda que as mercadorias foram encaminhadas pela Marfrig Ltda, sediada em Bataguassú/MS, por conta e ordem da vendedora em operações 'casadas', ou seja, a Marfrio adquiria couros da Marfrig, sendo que as mercadorias eram entregues à autora Vitapelli, diretamente do estabelecimento da Marfrig/MS, que, por sua vez, emitia uma nota fiscal de venda para a Marfrio e uma nota de remessa para a Vitapelli, com dados do mesmo veículo transportador e do mesmo motorista. A Marfrio adquiriu couros de bovinos no estado verde e não procedeu à industrialização, mas comercializou na mesma data, no estado de couros 'salgados', 'descarnado ou perfilado', com pesagem/quantidade em quilos superior. Entretanto, verificou-se que os couros saíram do estabelecimento da Marfrig no estado 'verde' e ingressaram no estabelecimento da Vitapelli no mesmo estado, portanto, a quantidade indicada nas notas fiscais da Marfrig foram as reais entradas no estabelecimento da Vitapelli e não as constantes das notas fiscais da Marfrio. Assim, o couro não podia ser transformado de verde para salgado ou desencarnado/perfilado no percurso de Bataguassú/MS a Presidente Prudente/ SP e em quantidades superiores às realmente entradas no estabelecimento da Vitapelli.

Como bem ponderou a Procuradoria de Justiça:

'A prova dos autos dá conta de que entre a apelante e as empresas Marfrig Ltda e Marfrio Indústria Comércio Importação e Exportação de Couros Ltda foram realizadas operações de natureza triangular. A Marfrig vendia couro bovino para a Marfrio que, por sua vez, repassava a mercadoria para a aqui recorrente, consistindo essa transação uma operação de venda à ordem, em princípio, permitida pela legislação tributária.

Contudo, a vasta documentação acostada demonstrou que, na verdade, a Marfrig vendia para a Marfrio cargas de couro verde, mas, quando esta última transacionava a mesma mercadoria para a aqui apelante, ela era faturada como couro salgado.

Havia, também, divergência de peso entre o que fora transacionado e o efetivamente transportado.

Tais circunstâncias foram suficientes para atestar a irregularidade do negócio, já que efetivado à margem do quanto autorizado pela legislação tributária específica.

Cumpre ponderar que, como referido na r. sentença (fls. 644 – 4º parágrafo), 'nas operações à ordem tem que haver perfeita identidade entre a operação originária e a final', e como visto, tal não ocorreu 'in casu'.

Some-se a isso o observado pelo Promotor de Justiça a fls. 635:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'A própria autora reconheceu que a empresa Marfrig emitida notas fiscais de remessa com valores e pesagens inferiores ao que fora contratado com a Marfrio, admitindo que, recebia as mercadorias de acordo com a pesagem e preços que constavam nas notas fiscais de entrada ('A empresa Vitapelli, ora autora, adquiriu couros da Marfrio, de Santo André (SP), recebeu fisicamente os couros nas quantidades e valores descritos nas notas fiscais de venda emitidas pela própria Marfrio, {...}' -fls. 21), mas conteve-se em tentar atribuir às duas empresas eventuais falhas.

Ora, por ocasião da autuação e da instauração do processo administrativo, ou mesmo agora, durante a instrução do presente feito, deveria a requerente comprovar que o imposto foi devidamente recolhido, tendo como base os valores dispostos nas notas fiscais emitidas pela Marfrio, comprovando-se os pagamentos realizados à empresa adquirente, nos valores indicados nas notas fiscais confeccionadas por ela, mas assim não o fez!!!'.

E mais:

'Assim, se tivesse a requerente comprovado que pagou pela mercadoria efetivamente recebida estaria fazendo prova que creditou regularmente o imposto devido! Afinal, o destinatário da mercadoria, somente poderá creditar-se do imposto, mediante o registro da nota fiscal emitida pelo adquirente originário por ocasião da efetiva entrada da mercadoria em seu estabelecimento, devendo, ainda, manter juntamente com a nota fiscal referida, para apresentação ao Fisco, quando exigido, a nota fiscal que acompanhou a mercadoria.' (fls. 637).

Não há, portanto, como isentar a autora da infração aqui imposta, já que se valeu das irregularidades aqui descritas no auto de infração para se creditar de ICMS. Não há como afastar sua conduta da das empresas Marfrio e Marfrig, já que como dito acima, realizavam 'operações de natureza triangular'.

E, constatadas estas irregularidades, justo se mostra a lavratura do auto de infração e imposição de multa em face da autora, que, aliás, de nenhum vício se ressentia.

A sentença, em suma, deu ao caso a correta solução e merece ser mantida por seus próprios fundamentos que aqui ratifico (art. 252 do RI deste Tribunal)

Levo em conta, e acolho, os pareceres dos membros do Ministério Público a fls. 628/639 e 712/715.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego provimento aos recursos" (fls. 795/799e).

Em suas razões de Recurso Especial, em relação à suscitada ofensa ao art. 535, incisos I e II, do CPC/73, limitou-se a agravante a sustentar que:

"Pontua-se, de início, que o ora recorrente, tempestivamente, opôs Embargos de Declaração para fins de aclarar pontos omissos e contraditórios, bem como a obtenção do prequestionamento explícito sobre os temas federais apontados, mas os Embargos foram rejeitados sem adentrar nas questões federais explicitamente suscitadas.

Os Embargos de Declaração foram sumariamente rejeitados, sem alteração no v. acórdão recorrido.

Sendo mantido *in totum* o r. julgado sem alteração mesmo com a interposição dos Embargos de Declaração para corrigir omissão no julgamento, o recorrente não tem outro meio para invocar a manifestação explícita dos Doutos Julgadores sobre a questão federal violada, tendo se valido do instrumento processual possível e cabível, o qual não foi admitido.

Inadmissível, pois, concluir pela ausência de prequestionamento ou de aclaratórios para a instância de origem se o instrumento manejado para tanto não foi admitido.

Assim, a matéria versada neste Apelo Especial mereceu enfrentamento, senão de forma explícita, pelo menos implicitamente, o que caracteriza o prequestionamento viabilizador da Instância Especial. Mas se assim não entender, requer-se a decretação da nulidade do Acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração por negativa de vigência ao artigo 535, I e II da Lei n. 5.869/73 (CPC), isso para que outro seja proferido pelo Tribunal de origem, esclarecendo-se as questões que deixou de apreciar.

Não obstante, julgando da forma como explicitada no v. Acórdão recorrido, a Colenda Turma Julgadora do e. Tribunal de Justiça Paulista, acabou por contrariar leis federais em pleno vigor, daí a necessidade de correção por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça através do presente Recurso Especial.

Com a devida vênia, o v. acórdão recorrido dá interpretação equivocada dos dispositivos de lei federal, contrariando-os e negando vigência" (fls. 823/824e).

Nesse contexto, quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535, incisos I e II, do CPC/73, a recorrente não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. TROCA DE HIDRÔMETRO. COBRANÇA DE VALORES EM DISCREPÂNCIA COM A MÉDIA DO CONSUMO ANTERIOR. REFATURAMENTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. **ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.** AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

1. **Ausente a precisa indicação dos vícios de omissão e contradição do acórdão recorrido, não há como se conhecer do recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Incide na espécie, por analogia, a súmula 284 do STF.**

2. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer juízo de valor sobre a tese defendida no especial (Súmulas nºs 282 e 356/STF).

3. Para que se configure o prequestionamento da matéria, deve-se extrair do acórdão recorrido manifestação direta sobre as questões jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, única forma de se abstrair a tese jurídica a ser examinada e decidida.

4. Inviável análise de pretensão que demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. A inexistência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea 'c' do permissivo constitucional.

6. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535/CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. **VIOLAÇÃO GENÉRICA A LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.** ISS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que a Corte *a quo* apreciou, de forma objetiva e fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta no presente feito, não se havendo falar em omissão.

2. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria versada no art. 110 do CTN, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embargos de declaração. Incidência do óbice da Súmula 211/STJ.

3. **Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a indicação de violação genérica a lei federal, sem particularização precisa dos dispositivos violados, implica deficiência de fundamentação do recurso especial, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284/STF ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.').**

4. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o ISS integra o preço dos serviços e, por esta razão, o faturamento decorrente do exercício da atividade econômica, devendo, nessas circunstâncias, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes: **AgRg no REsp 1.252.221/PE**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14/08/2013 e EDcl no **AgRg no REsp 1.233.741/PR**, Rel. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/03/2013

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013).

Nas razões de Agravo interno, a recorrente inova, indevidamente, ao defender que o acórdão que julgou os Embargos de Declaração não se teria manifestado sobre omissões e contradições, nos seguintes termos, no que interessa:

16. Ora, Exa., quando a parte demonstra que opôs embargos de declaração e que esses embargos foram sumariamente rejeitados sem que tenha sido enfrentado um único ponto abordado, há clara violação aos arts. 535, incisos I e II, do CPC/73.

17. Nos embargos de declaração a agravante demonstrou que houve contradição no v. acórdão quando, apesar de manter o indeferimento do pedido de prova pericial decidiu que a Apelante, ora Agravante, não comprovou durante a instrução processual que pagou pela mercadoria efetivamente adquirida.

18. A agravante também demonstrou que o v. acórdão foi omisso em relação a fato incontroverso (não contestado pela agravada) de que o ICMS foi pago pela empresa MARFRIO em montante correspondente ao comercializado com a Agravante, pouco importando as divergências de quantidade existentes em notas para simples transporte da mercadoria.
(...)

20. Ora, a violação ao art. 535, I e II, do CPC/73, devidamente alegada no apelo especial, é clara pela própria leitura do v. Acórdão que julgou os embargos de declaração.

21. Com a devida vênia, a fundamentação genérica encontra-se no v. acórdão recorrido e foi justamente essa situação que ensejou a violação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao art. 535, incisos I e II, do CPC/73.

22. Portanto, a r. decisão merece ser reconsiderada, ou, então, reformada pela Col. Turma" (fl. 918/919e).

Conforme se verifica dos excertos transcritos, o enfoque de ofensa ao art. 535, incisos I e II, do CPC/73, da forma como suscitado, nas razões do presente Agravo interno, difere diametralmente daquele constante do Recurso Especial, consoante atestam os trechos acima transcritos. Trata-se, portanto, de indevida inovação recursal, consubstanciada em imprópria ampliação de tese trazida a debate, em sede de Agravo interno, que não merece ser conhecida, por força do instituto da preclusão, na forma da jurisprudência.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA NÃO RECHAÇADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ.

1. **É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.**

2. *In casu*, o recurso especial suscitou tão-somente violação ao art. 535 do CPC/1973 e a decisão agravada negou provimento ao apelo por entender que não houve negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem.

3. Nas razões de agravo interno, o recorrente não combateu os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a apresentar tese jurídica inédita, o que atrai a incidência da Súmula 182/STJ.

4. Agravo interno não conhecido" (STJ, AgInt no REsp 1.536.146/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/09/2016)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 461, § 4º DO CPC/73. VALOR DA MULTA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. **INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.**

1. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria versada no art. 461, § 4º, do CPC/73, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 535 do CPC, alegando a existência de possível omissão, providência da qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ

2. Por caracterizar indevida inovação recursal e, por isso, aviltar a força da preclusão consumativa, não se mostra possível discutir, apenas ao ensejo do agravo interno, matéria não ventilada nas razões do antecedente recurso especial.

3. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 1.033.264/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/08/2017).

Desse modo, não há como conhecer, por força da preclusão, da ofensa ao 535, incisos I e II, do CPC/73, tal como suscitada, no presente Agravo interno.

Em suas razões de Recurso Especial, aduziu a ora agravante ofensa ao disposto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, aduzindo ofensa ao regime não-cumulativo do ICMS.

No entanto, a discussão em torno de questão de índole constitucional deve ser realizada na via apropriada, descabendo ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, pronunciar-se sobre alegada violação a dispositivos da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência reservada à Suprema Corte (art. 102, III, da CF/88). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.449.708/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/08/2014; AgRg no AREsp 459.862/RO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/08/2014; AgRg no AREsp 507.224/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 01/08/2014.

Em nosso ordenamento jurídico vige o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado analisa a prova livremente, mas deve expor as razões do seu convencimento.

Com efeito, no que se refere à prova produzida nos autos, cabe ao magistrado, na condição de seu destinatário final, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da prova necessária à formação do seu convencimento.

A propósito do tema, a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*in* Código de Processo Civil Comentado. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 490):

"O Juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado à prova dos autos. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iure* (CF 93, IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, é pacífico o entendimento do STJ no sentido de que "cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar a necessidade de sua produção, pelo princípio do livre convencimento motivado. Aferir se as provas são suficientes (ou não) para análise de eventual violação do art. 333 do CPC demandaria o reexame de matéria fática" (STJ, AgRg no AREsp 206.065/BA, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/09/2015).

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RELATÓRIO MÉDICO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO DE QUE CANDIDATO ENCONTRA-SE APTO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES NO MOMENTO DO EXAME. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. **REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.**

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (fl. 183, e-STJ): 'Sobredita conclusão trabalha com hipótese futura e incerta, ao presumir que o candidato poderá não ter futuramente condições de saúde para o exercício de suas funções - fato que pode acontecer com qualquer pessoa. Se tem saúde hoje e não foi apontada, objetivamente, nenhuma inaptidão, que se o nomeie e se lhe dê posse ao invés de ficar com sofismas à sua exclusão'.
2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.
3. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.
4. **Ademais, 'no sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção' (REsp 1.175.616/MT, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º/3/2011, DJe 4/3/2011).**
5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (STJ, REsp 1.696.767/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. **VIOLAÇÃO DOS ARTS. 130, 330, I, E 420 do CPC.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ARESTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. OFENSA AO ART. 940 do CC.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. A negativa de produção de prova testemunhal e pericial não caracteriza cerceamento de defesa porquanto o juiz é livre para apreciar as provas apresentadas e para indeferir diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias. Princípio do livre convencimento motivado.

3. Não se conhece do recurso especial quanto à divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 83/STJ.

4. A verificação da ocorrência de cerceamento de defesa demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

5. É deficiente a fundamentação quando as razões recursais encontram-se dissociadas dos fundamentos utilizados pela Corte de origem. Incidência da Súmula n. 284/STF.

6. Inviável rever o entendimento firmado pela instância de origem quando a sua análise, além de exigir a revisão de cláusulas contratuais, demandar a incursão no acervo fático-probatório dos autos.

7. A aferição da má-fé na conduta da parte recorrida demanda o reexame de provas e fatos dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7/STJ.

8. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 793.529/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 28/03/2016)

De outra parte, conforme se verifica do excerto transcrito, o Tribunal de origem foi enfático ao asseverar a desnecessidade de produção de prova pericial, porquanto a matéria em debate demandava tão somente o exame dos documentos fiscais correlatos. Asseverou, ademais, que se mostrava suficientemente demonstrada a irregularidade no pagamento do ICMS, tal como constatado pela autoridade fiscal, o que teria gerado indevido creditamento do tributo.

Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial e os argumentos utilizados pela parte recorrente – no sentido de que: a) a prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pericial seria necessária; b) o recolhimento do ICMS deu-se em conformidade com a legislação de regência – somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

Em sede doutrinária, o jurista Roberto Rosas assim comenta a aludida Súmula 7/STJ (Direito Sumular, 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 342):

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. O exame do recurso especial deve limitar-se à matéria jurídica. A razão dessa diretriz deriva da natureza excepcional dessa postulação, deixando-se às instâncias inferiores o amplo exame da prova. Objetiva-se, assim, impedir que as Cortes Superiores entrem em limites destinados a outros graus. Em verdade, as postulações são apreciadas amplamente em primeiro grau, e vão, paulatinamente, sendo restringidas para evitar a abertura em outros graus".

Na forma da jurisprudência, "os argumentos apresentados pelo insurgente buscam, exclusivamente, a inversão do ônus da prova pela Corte regional, que, diante do caso concreto, tem a faculdade de determiná-la ou não. **A jurisprudência do STJ entende que não há como aferir eventual ofensa ao art. 333 do CPC/1973 (art. 373 do CPC/2015) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ**, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame" (STJ, REsp 1.665.411/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2017)

No tocante à impossibilidade de reexame de provas com a finalidade de desconstituir auto de infração de natureza tributária, refiro-me aos seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. AIIM. DESCONSTITUIÇÃO DA SANÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal estadual manteve, com base em argumentos de natureza fático-probatória, a sentença de improcedência do pedido de anulação da autuação fiscal. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7/STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

2. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.060.011/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/06/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERIMENTO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME.

1. O Tribunal estadual manteve, com base em argumentos de natureza fático-probatória, a sentença de improcedência do pedido de anulação da autuação fiscal. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7/STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame.

2. A análise de normas de caráter local é inviável na via do recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 672.166/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/05/2015).

Assim, incensurável a decisão ora agravada, que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0159123-9

AgInt no
AREsp 1.124.739 /
SP

Números Origem: 00118877820098260482 118877820098260482 4820120090068823 482012009009824
4820120090118876

PAUTA: 03/05/2018

JULGADO: 03/05/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADO : ALFREDO VASQUES DA GRAÇA JUNIOR E OUTRO(S) - SP126072
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JORGE MIGUEL FILHO E OUTRO(S) - SP103549

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : VITAPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADO : ALFREDO VASQUES DA GRAÇA JUNIOR E OUTRO(S) - SP126072
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JORGE MIGUEL FILHO E OUTRO(S) - SP103549

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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.