



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.768 - SP (2012/0249724-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : LEPE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : CARINE SOARES FERRAZ
JOSÉ GONÇALVES RIBEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LYGIA HELENA CARRAMENHA BRUCE E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A viabilidade de creditamento do ICMS pelo adquirente de boa-fé em decorrência de posterior declaração de inidoneidade das notas fiscais demanda que o contribuinte efetivamente demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, cujo ônus da prova incumbe exclusivamente a este.

2. Concluindo a Corte de origem que não ficou demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, o acolhimento da tese recursal de que a perícia existente nos autos comprovam a efetiva realização da operação comercial demandaria inafastável incursão na seara fática dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental 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 "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.768 - SP (2012/0249724-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : LEPE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : CARINE SOARES FERRAZ
JOSÉ GONÇALVES RIBEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LYGIA HELENA CARRAMENHA BRUCE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por LEPE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou recurso especial interposto com o objetivo de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que julgou demanda relativa a creditamento de ICMS e inidoneidade de nota fiscal.

O julgado deu parcial provimento ao recurso de apelação da recorrente nos termos da seguinte ementa (fls. 1125/1142, e-STJ):

"EMBARGOS DO DEVEDOR - EXECUÇÃO FISCAL - creditamento baseado em documentos inidôneos - inadmissibilidade - inexistência de intenção do agente em fraudar a Fazenda - irrelevância - infração fiscal de natureza formal, não se questionando a boa ou má-fé do contribuinte - responsabilidade solidária da apelante - artigo 12, inciso XI e parágrafo único do RICMS - inexistência de crédito a ser aproveitado - atualização do imposto pela UFESP - legalidade - majoração da alíquota de 17% para 18% - inconstitucionalidade - redução determinada - subsistência do título executivo - requisitos não comprometidos - recurso parcialmente provido."

A decisão agravada negou provimento ao recurso especial do agravante, nos termos da seguinte ementa (fls. 1225/1233, e-STJ):

"PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO EXTRA PETITA E OMISSÃO INEXISTENTES. DEVIDA ANÁLISE DAS QUESTÕES DEDUZIDAS. INCONFORMISMO COM A CONCLUSÃO ADOTADA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO."

Nas razões do regimental, a agravante reitera que as instâncias ordinárias desconsideraram o laudo pericial e se basearam em argumentos estranhos à lide para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecer a legalidade da autuação do Fisco, deixando de observar "*a possibilidade de aproveitamento do crédito, desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, bem como o fato de que o ato declaratório de inidoneidade só produz efeitos a partir de sua publicação, 'data venia', se afigura matéria incontroversa nos autos desde o primeiro grau de jurisdição, já que atestado em perícia, não necessitando de qualquer reexame do contexto fático probatório*" (fls. 1240/1241, e-STJ).

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.768 - SP (2012/0249724-0)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A viabilidade de creditamento do ICMS pelo adquirente de boa-fé em decorrência de posterior declaração de inidoneidade das notas fiscais demanda que o contribuinte efetivamente demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, cujo ônus da prova incumbe exclusivamente a este.

2. Concluindo a Corte de origem que não ficou demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, o acolhimento da tese recursal de que a perícia existente nos autos comprovam a efetiva realização da operação comercial demandaria inafastável incursão na seara fática dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Conforme consignado na decisão, o Tribunal de origem conclui que o creditamento era indevido, ante a ausência de prova, a cargo do agravante em decorrência da presunção de legitimidade que ampara o crédito fiscal, de que ocorrera a transação comercial.

É o que se infere dos seguintes excertos do voto condutor do acórdão recorrido:

"A preliminar de nulidade da r. sentença por afronta ao disposto nos artigos 131, 331 e 458, todos do Código de Processo Civil, e artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vingar.

Com efeito, o fato do julgado não haver feito menção aos termos da perícia não importa no reconhecimento do vício aduzido, pois, como reconhece a própria apelante, 'o artigo 436 (do Código de Processo Civil) honrou o juiz com o princípio do livre convencimento...', pelo que não está adstrito às conclusões da prova pericial produzida ou obrigado a rebater cada um dos pontos nela abordados, se encontre fundamentos necessários e suficientes a amparar decisão em sentido contrário.

(...)

Vale, ainda, trazer à colação julgado deste egrégio Tribunal de Justiça, cujos argumentos são inteiramente aplicáveis à espécie, na qual restou assentado que não está o julgado obrigado a 'ater-se aos fundamentos indicados pela parte e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Os requisitos da decisão judicial não estão subordinados a questões. A motivação da decisão, observada a 'res ín iudicium deducta', pode ter fundamento jurídico e legal diverso do suscitado' (cf. FJTJESP 111/114).

E igualmente irrelevante à espécie ter-se omitido o julgado na apreciação das questões relativas à majoração da alíquota e atualização do crédito tributário pela UFESP, porquanto, nos termos do artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento de 'todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro', razão pela qual nessa instância é possível o exame das questões não dirimidas em primeiro grau, não se reconhecendo, ainda uma vez, a nulidade arguida.

Passa-se, então, ao exame do mérito da apelação.

A embargante foi autuada através do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 094353, série 'U', por que 'creditou-se indevidamente do ICMS no valor de Cr\$ 20.582.399,70 (vinte milhões, quinhentos e oitenta e dois mil, trezentos e noventa e nove cruzeiros e setenta centavos), destacado em notas fiscais tituladas por ENLUZ COMÉRCIO DE FERRO E AÇO LTDA.', empresa declarada inidônea (fls. 42).

Em seus embargos, especialmente nas razões de apelação, sustentou a apelada ter efetuado as operações descritas nas notas fiscais questionadas pelo Fisco, tendo a perícia comprovado que as mercadorias entraram no estabelecimento e referidas duplicatas foram quitadas em estabelecimento bancário, mostrando-se inconstitucional e ilegal a restrição ao direito de crédito imposta pelo fisco.

Entretanto, ao revés do que pretende fazer crer a embargante, a documentação produzida em sede do processo administrativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DRT-13-000194-94 confere plena legitimidade ao auto de infração e imposição de multa que respalda o título executivo impugnado, remanescendo íntegra a presunção de liquidez e certeza de que goza a certidão de dívida ativa.

(...)

Assim, tendo-se comprovado à saciedade a irregularidade da empresa emitente dos documentos fiscais glosados, fato incontroverso nos autos, sem que a recorrente tivesse tomado as providências necessárias para verificar essa situação, de rigor a manutenção da autuação fiscal, devendo a apelada queixar-se de si própria por seus descuidos.

(...)

Em consequência, o documento emitido por pessoa que não se encontre em situação regular é tido por inidôneo para todos os efeitos fiscais.

Ora, o procedimento administrativo colacionado aos autos logrou demonstrar de forma cabal que a empresa Enluz Comércio de Ferro e Aço Ltda., emitente das notas fiscais impugnadas, passou a ter existência apenas fictícia a partir de janeiro de 1990, de molde a convalidar operações irregulares, restando consignado que 'a burla se fazia com a emissão de notas fiscais, sem haver circulação de mercadoria e - sobretudo - com supostas operações cujo imposto era diferido, ou então em operações com o imposto destacado conforme a conveniência que houvesse entre as firmas parceiras para, assim, equilibrarem seus valores ATIVOS E PASSIVOS, fechando-os com um ACERTO DE CONTAS' (fls. 274), não podendo a embargante utilizar-se dos créditos daí advindos, exatamente porque irregular o contribuinte dos quais se originaram.

E nem sequer restou comprovada a entrada física das mercadorias no estabelecimento da embargante, pois o laudo pericial foi de meridiana clareza ao afirmar que quanto a esse ponto 'considera-se prejudicada a resposta, tendo em vista que não foi exibido à perícia o livro modelo 7 - Registro de Inventário, bem como as fichas internas de controle individual do material adquirido da questionada empresa' (fls. 383).

(...)

A responsabilidade da executada é solidária, ex vi do disposto no artigo 12, XI e parágrafo único do Regulamento do ICMS.

(...)

Em suma, a embargante não conseguiu afastar a alegação de inidoneidade das notas fiscais impugnadas pelo Fisco, sequer fornecendo elementos concretos que auxiliassem a comprovação dos fatos havidos, inviabilizando por completo outras ações da Fazenda, devendo arcar com as consequências daí decorrentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, havendo fundadas incertezas acerca do quanto alegado pela apelante, remanesce íntegro o título executivo que embasa a execução fiscal.

A dúvida quanto aos fatos constitutivos do direito da embargante milita em favor da Fazenda, incumbindo à executada demonstrar de forma cabal suas alegações, sob pena de, em não o fazendo, remanescer íntegra a presunção de liquidez e certeza de que goza a dívida ativa regularmente inscrita (artigo 3º da Lei nº 6.830/80), tal qual ocorreu na hipótese em testilha.

(...)"

Com efeito, como bem destacou o acórdão recorrido, a viabilidade de creditamento do ICMS pelo adquirente de boa-fé demanda que o contribuinte efetivamente demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, cujo ônus da prova incumbe exclusivamente a este.

A propósito:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SÚMULA 7/STJ. CABIMENTO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. REITERAÇÃO DE TESE JÁ SUPERADA. VÍCIOS INEXISTENTES. EMBARGOS REJEITADOS. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO. MULTA.

(...)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de notas fiscais emitidas pela empresa vendedora. Nesse caso, é possível o aproveitamento de crédito de ICMS relativo às referidas notas fiscais. Todavia, para tanto, é necessário que o contribuinte demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, portanto, o ônus da prova.

(...)

7. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa."

(EDcl nos EDcl no REsp 623335/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 10/04/2008)

"TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS - SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. A jurisprudência desta Turma é no sentido de que, para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo. Precedentes.

(...)

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido."

(REsp 737135/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 23/08/2007, p. 244)

Neste diapasão, o acolhimento da tese recursal de que a perícia existente nos autos comprovam a efetiva realização da operação comercial, em detrimento da conclusão da Corte de origem que não a reconheceu, demandaria inafastável incursão na seara fática dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

A propósito:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. EMPRESA VENDEDORA DECLARADA INIDÔNEA. EMBORA A NOTA FISCAL POR ELA EMITIDA SEJA POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA, O COMERCIANTE DE BOA-FÉ QUE DELA ADQUIRE MERCADORIA PODE APROVEITAR O CRÉDITO DO ICMS, UMA VEZ DEMONSTRADA A VERACIDADE DA COMPRA E VENDA EFETUADA, POIS O ATO DECLARATÓRIO DA INIDONEIDADE SOMENTE PRODUZ EFEITOS A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA: RESP. 1.148.444/MG, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 27.04.2010. TODAVIA, RESTOU CONSIGNADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE A PROVA PRODUZIDA FOI INCONCLUSIVA ACERCA DA EFETIVA OCORRÊNCIA DA COMPRA E VENDA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. Ao julgar o REsp. 1.148.444/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 27.04.2010, representativo da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o comerciante de boa-fé que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2. Todavia, consignou-se, tanto no acórdão recorrido como na sentença que o antecedeu, que a prova produzida não demonstrou, de forma conclusiva, a existência das operações de compra e venda, donde se extrai restar ausente a boa-fé exigida para o aproveitamento do ICMS. Tal conclusão não pode ser revista nesta Corte, dada a necessidade do revolvimento de fatos e provas, circunstância vedada pelo Enunciado 7 da Súmula de sua jurisprudência. Precedentes: AgRg no REsp. 1.228.786/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 29.08.2012, e AgRg nos EDcl no AREsp 102.473/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 02.08.2012.

3. Agravo Regimental do contribuinte desprovido."

(AgRg no REsp 1218780/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 23/09/2013).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. FRETE. CREDITAMENTO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA DIVERSOS DO CTRC. POSSIBILIDADE.

(...)

2. A verificação acerca da idoneidade da documentação apresentada pela recorrente para justificar a existência das operações que ensejaram o creditamento, exigida pelo art. 23 da LC 87/96, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ.

(...)

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 52.991/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/8/2012, DJe 4/9/2012)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0249724-0

**AgRg no
REsp 1.355.768 / SP**

Números Origem: 01442058420078260000 667799 7156505200 7156505401

PAUTA: 04/02/2014

JULGADO: 04/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LEPE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : JOSÉ GONÇALVES RIBEIRO E OUTRO(S)
CARINE SOARES FERRAZ
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LYGIA HELENA CARRAMENHA BRUCE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LEPE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : JOSÉ GONÇALVES RIBEIRO E OUTRO(S)
CARINE SOARES FERRAZ
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LYGIA HELENA CARRAMENHA BRUCE E OUTRO(S)

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 regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.