



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.378.759 - SP (2011/0002910-8)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : BEL S/A
ADVOGADO : ALEXANDRE ALVES VIEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. CREDITAMENTO DE ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. EMPRESA INIDÔNEA. VIOLAÇÃO DO ART. 397 DO CPC. JUNTADA DE DOCUMENTO. POSSIBILIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de ser admissível a apresentação de prova documental na fase recursal, desde que não caracterizada a má-fé e observado o contraditório. Precedentes (REsp nºs 466.751/AC, 431.716/PB e 183.056/RS).

3. Na hipótese em foco, o Tribunal de origem refutou a pretensão quanto ao direito ao aproveitamento do crédito de ICMS destacado em notas tidas por inidôneas, porque: - não comprovada a efetiva transferência de recursos entre as empresas nem demonstrada a boa-fé da embargante e nem mesmo provada, pela agravante, a regularidade das operações comerciais. Revisitar tal entendimento esposado pelo acórdão recorrido, é vedado por esta Corte ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. A divergência jurisprudencial ensejadora de conhecimento do recurso especial, deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.378.759 - SP (2011/0002910-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : BEL S/A
ADVOGADO : ALEXANDRE ALVES VIEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES(Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por BEL S/A contra decisão que negou provimento a seu agravo de instrumento e cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CREDITAMENTO DE ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. EMPRESA INIDÔNEA. ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 397 DO CPC. JUNTADA DE DOCUMENTO. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

A agravante defende a necessidade de reforma da decisão recorrida, por entender que (fls. e-370-371):

Então, tendo em vista que fatos imprescindíveis à solução do litígio não são mais objeto de discussão, o que se almeja, evidentemente, não é incitar Vossas Excelências a rever as circunstâncias. Anseia-se, isto sim, que as provas produzidas sejam adequadamente valoradas a fim de, conferindo-se correto tratamento aos acontecimentos pertinentes a esta lide, realizar-se JUSTIÇA a partir da adequada aplicação do direito à espécie.

Evidente, Meritíssimos Ministros, que o pagamento das faturas em cartório é acontecimento denotador da efetivação dos correspondentes negócios jurídicos. Afinal, se realmente se tratasse de avença simulada, por qual motivo teria a fornecedora apontado as duplicatas a protesto?

(....)

Além disso, qual é a vantagem que leva o comprador de nota fiscal em realizar o pagamento de seu valor integral em cartório? Tivesse mesmo havido fraude, será que o fornecedor teria levado o título a protesto e o comprador realizado a total quitação? E mais, é correto supor que os partícipes da relação contratual teria simulado o negócio quando todo o conjunto probatório denota efetivamente o contrário? Ou melhor, é correto o apego a uma suspeita em desprezo de elementos que denotam a realidade?

De forma que se Vossas Excelências, ante a reavaliação das provas e tendo em vista os fatos tidos por incontrovertidos, considerarem, diferentemente dos Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça Paulista, ter a Agravante demonstrado a efetividade das operações, de rigor que, seguindo o entendimento reinante nesta Corte, (....).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna ainda, que: a uma, não cabe ao Presidente do Tribunal de origem realizar juízo típico de delibação acerca do Especial; a duas, o dissenso jurisprudencial foi realizado em absoluta conformidade com os preceitos regimentais desta Corte; e a três: o direito ao aproveitamento do crédito de ICMS destacado em notas tidas por inidôneas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.378.759 - SP (2011/0002910-8)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CREDITAMENTO DE ICMS. OPERAÇÃO MERCANTIL. EMPRESA INIDÔNEA. VIOLAÇÃO DO ART. 397 DO CPC. JUNTADA DE DOCUMENTO. POSSIBILIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de ser admissível a apresentação de prova documental na fase recursal, desde que não caracterizada a má-fé e observado o contraditório. Precedentes (REsp nºs 466.751/AC, 431.716/PB e 183.056/RS).

3. Na hipótese em foco, o Tribunal de origem refutou a pretensão quanto ao direito ao aproveitamento do crédito de ICMS destacado em notas tidas por inidôneas, porque: - não comprovada a efetiva transferência de recursos entre as empresas nem demonstrada a boa-fé da embargante e nem mesmo provada, pela agravante, a regularidade das operações comerciais. Revisitar tal entendimento esposado pelo acórdão recorrido, é vedado por esta Corte ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. A divergência jurisprudencial ensejadora de conhecimento do recurso especial, deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ.

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES(Relator): A decisão ora recorrida tem o seguinte teor:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial sob o fundamento de que não ficou evidenciado qualquer maltrato às normas legais apontadas nem ficou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial.

O apelo nobre impugnado enfrenta acórdão, assim ementado (fl. 173):

Tributário - ICMS - Embargos à execução fiscal - Creditamento de ICMS em operação mercantil realizada com empresa declarada inidônea pelo Fisco Estadual - Nulidade - Correção monetária e juros de mora - Taxa SELIC - Lei Estadual nº 10.175/98 - Legalidade - Nulidade da CDA - Ausência de seus requisitos essenciais - Alegação genérica que não condiz com a certidão juntada aos autos - Cobrança de multa moratória cumulada com juros moratórios - Legalidade - Multa de mora - Percentual de 35% - Razoabilidade diante da inadimplência - Inexistência de confisco ou de violação do princípio da capacidade contributiva - Embargos improcedentes - Recurso não provido.

No recurso especial, a recorrente, aponta, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 397 e 535 do Código Processo Civil, sob argumento de que seja reconhecida a ofensa ao art. 535 do CPC, para que assim, possa ser analisado o 'erro de fato' constante no artigo 397 do Código de Processo Civil.

Embargos Declaratórios rejeitados às fls. e-198-200.

Contrarrazões às fls. e-332-336.

No agravo de instrumento, sustenta que o apelo nobre foi manejado de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acurada e restou comprovado o excesso de competência perpetrado pelo Tribunal de origem ao exercer o juízo de prelibação.

Contraminuta às fls. e-344-346.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, a jurisprudência do STJ admite que a Tribunal *a quo* faça análise da viabilidade do próprio mérito do recurso especial, notadamente quando inadmissível ou contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a interposição do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional, em face dos seus pressupostos constitucionais, abarca o próprio mérito da controvérsia. Incide, à espécie, o enunciado sumular n. 123/STJ: "A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais."

Em breve síntese, aduz a recorrente que os embargos declaratórios foram oferecidos para *"que fosse corrigido o 'erro de fato', já que as provas não haviam sido adequadamente avaliadas, prequestionado o artigo 397 do CPC e suprida a omissão quanto à ofensa ao princípio da não cumulatividade (artigo 155, § 2º, I, da CF)"* (fl. e-208).

Por fim, alega ainda, que persiste o 'erro de fato' e pugna pela apreciação da matéria de fundo à partir da correta valoração da provas, questões estas, imprescindíveis à correta solução da lide, quais sejam, existência de pagamentos e declaração de inidoneidade após a celebração das operações de compra e venda.

Quanto às questões apresentadas pela recorrente, destaco o excerto do voto condutor (fls. e-174):

A embargante, ora recorrente, não se desincumbiu do ônus processual a que estava adstrita no sentido de comprovar nos autos a regularidade da operação comercial supostamente realizada com empresa declarada inidônea pelo Fisco Estadual, que contatou sua inexistência de fato.

Note-se que a alegação de que a operação comercial realizada entre a embargante e a empresa inidônea realmente existiu não convence, não só porque os documentos juntados aos autos pela embargante são totalmente insuficientes para tal conclusão, mas também porque intimada para especificação de provas (fls. 90), não demonstrou qualquer interesse na produção de prova pericial contábil nesse sentido (fls. 92/93), também não sendo possível à apreciação de documentos juntados aos autos com as razões recursais, já que preclusa a oportunidade para tanto.

O acórdão integrativo assim reforça (fl. e-200):

É hipótese de rejeição dos embargos pelo nítido caráter infringente deles.

Não há qualquer vício no acórdão, já que houve apreciação de todas as questões expostas nos embargos, não havendo necessidade de nova manifestação a respeito delas.

Observe a embargante que eventual inconformismo deve ser manifestado pela via recursal, já que não existe vício a ser sanado nos autos. Por fim, para fins de pré-questionamento da matéria, não é necessária à menção expressa aos artigos constitucionais ou de leis federais supostamente violados.

Observa-se inexistir o alegado vício do art. 535, II, do CPC, porquanto o inconformismo da embargante não diz respeito a eventual vício de integração do acórdão impugnado, mas à interpretação desfavorável do Tribunal de origem, quando, oportunamente, consignou que "(...) não demonstrou qualquer interesse na produção de prova pericial contábil nesse sentido (fls. 92/93), também não sendo possível à apreciação de documentos juntados aos autos com as razões recursais, já que preclusa a oportunidade para tanto" (fl. e-174). Destarte, não se enquadra, portanto, nas hipóteses de cabimento dos aclaratórios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rejeita-se, pois, a alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil. Quanto a alegada afronta ao art. 397 do digesto processual, não assiste melhor sorte, isso porque, esta Corte já pacificou entendimento no sentido de ser admissível a apresentação de prova documental na fase recursal, desde que não caracterizada a má-fé e observado o contraditório, hipótese que não ocorreu *in casu*. Confira o excerto extraído do aresto impugnado (fls. e-174):

Irrelevante o fato da empresa com quem a embargante supostamente efetuou operação de compra e venda mercantil, ter sido declarada inidônea em data posterior a data das supostas vendas de mercadorias, já que com a conclusão de que as vendas não ocorreram, por falta de prova da existência delas, não é a declaração de inidoneidade que tornou o negócio ilícito, mas sim a inexistência de circulação de mercadorias na forma como descrita nas falsas notas fiscais de fls. 27 e 28 dos autos.

(...)

Assim, não havendo de se falar de boa-fé da embargante, nem mesmo ela tendo provado a regularidade das operações comerciais que lhe geraram indevido crédito de ICMS, de rigor a conclusão de que tal creditamento foi ilegal e que a autuação do fisco, com a aplicação das penalidades legalmente previstas, era medida que se impunha. (grifo nosso)

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DOCUMENTO NOVO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Admitida a juntada do documento e providenciada a audiência da parte contrária, não há que se falar em violação ao art. 397 do Código de Processo Civil.

2. Contendo o documento nova informação já conhecida e analisada pelo Tribunal de origem, a falta de menção ao seu específico conteúdo no acórdão não caracteriza omissão.

3. Recurso especial não conhecido." (REsp 899.687/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 11/02/2008 p. 1 - nossos os grifos).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 397 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé.

2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contra-razões. O art. 397 do CPC assim dispõe: 'É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.

3. Recurso especial desprovido.' (REsp 780.396/PB, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 19/11/2007 p. 188 - nossos os grifos).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRETENSÃO ARBITRÁRIA DE DESPEJAR MORADORA. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA, ENERGIA E TELEFONE. PRESSUPOSTOS FÁTICOS. REEXAME DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA 07/STJ. DOCUMENTOS JUNTADOS COM A APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 396 E 397 DO CPC. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO.

(...)

4. Na linha de precedentes desta Corte, 'somente os documentos tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e de surpresa de juízo'. Inocorrência da alegada infringência aos arts. 396 e 397 do CPC. Precedentes. (...)

6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 795.862/PB, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 06/11/2006 p. 337 - nossos os grifos).

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - ABERTURA DE CRÉDITO - JUNTADA DE DOCUMENTOS NA VIA RECURSAL - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 397 E 398, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DESPROVIMENTO.

1 - Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de ser admissível a apresentação de prova documental na fase recursal, desde que não caracterizada a má-fé e observado o contraditório, hipóteses presentes in casu.

2 - Precedentes (REsp nºs 466.751/AC, 431.716/PB e 183.056/RS). 3 - Agravo Regimental desprovido." (AgRg no Ag 652.028/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 292 - nossos os grifos).

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. JUNTADA DE DOCUMENTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTS. 397 E 398, CPC. EXEGESE. PRECEDENTES DO STJ.

1. O Direito Brasileiro veda o *novorum iudicium* na apelação, porquanto o juízo recursal é de controle e não de criação (*revisio prioriae instantiae*). Em consequência, o art. 517 do CPC interdita a arguição superveniente no segundo grau de jurisdição de fato novo, que não se confunde com documento novo acerca de fato alegado.

2. Precedentes do STJ no sentido de que a juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e incorrente a má-fé, com fulcro no art. 397 do CPC.

3. Recurso especial provido. (REsp 466.751/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2003, DJ 23/06/2003 p. 255 - nossos os grifos).

Por fim, quanto à alegada divergência jurisprudencial ensejadora de conhecimento do recurso especial, deve ela ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, o que não ocorreu na espécie.

Posto isso, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Publique-se. Intimem-se.

À título de reforço aos fundamentos da decisão ora agravada, a tese da agravante para que se reconheça o direito ao aproveitamento do crédito de ICMS destacado em notas tidas por inidôneas pelo Tribunal de origem, realmente, não merece prosperar, haja vista que o Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem, com clareza solar, consignou que (fl. e-174):

Outrossim, como já observado no julgamento administrativo da questão, o pagamento pelos supostos produtos adquiridos somente após o protesto das duplicatas comerciais emitidas (fls. 29/30), o que apenas reforça a tese de inexistência do negócio, já que não comprovada a efetiva transferência de recursos entre as empresas, o que em boa verdade não ocorreu de fato, mas apenas formalmente.

Assim, não havendo de se falar de boa-fé da embargante, nem mesmo ela tendo provado a regularidade das operações comerciais que lhe geraram indevido crédito de ICMS, de rigor a conclusão de que tal creditamento foi ilegal e que a autuação do fisco, com a aplicação das penalidades legalmente previstas, era medida que se impunha.

Portanto, é notório que, na espécie, infirmar a referida conclusão dada pela Instância *a quo*, demanda, necessariamente, o reexame do contexto fático probatório dos autos, o que, em sede de recurso especial, é vedado por força do óbice contido na Súmula 7 do STJ.

Quanto à alegada divergência jurisprudencial ensejadora de conhecimento do recurso especial, não restou demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus parágrafos, do RISTJ, o que não ocorreu na espécie.

Dessa forma, as razões recursais não trazem nenhuma alegação que dê ensejo à alteração da decisão recorrida, por isso deve ser ela mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0002910-8

AgRg no
Ag 1.378.759 / SP

Números Origem: 46292004 994082055880 99408205588050004

EM MESA

JULGADO: 10/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : BEL S/A
ADVOGADO : MARCOS VINICIUS GONÇALVES FLORIANO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BEL S/A
ADVOGADO : ALEXANDRE ALVES VIEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.