



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.427 - SP (2017/0038933-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : MARCO ANTONIO CINEGAGLIA - EPP
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE SOUZA NEVES SCHEMY - SP203946
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S) - SP108094
INTERES. : DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE BAURU

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALEGAÇÃO DE QUE A EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL FOI ARBITRÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUI PELA OCORRÊNCIA DE FRAUDE NO SISTEMA DE EMISSÃO DE CUPOM FISCAL. REVISÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS INDEPENDENTEMENTE DE MANDADO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. RECURSO DO QUAL NÃO SE CONHECE.

1. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu que não foi com base em meras presunções que a recorrente foi excluída do Simples Nacional, mas sim em prova devidamente demonstrada judicialmente.
2. Rever o entendimento consignado pela Corte local requer revolvimento do conjunto fático-probatório, sobretudo no que diz respeito aos elementos que induziram o *juízo a quo* a concluir pela ocorrência de fraude no sistema de emissão de cupom fiscal.
3. Assim, a análise dessa questão demanda o reexame de provas, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".
4. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ quanto à possibilidade de apreensão de documentos fiscais, sem o referido mandado judicial.
5. Recurso Especial não conhecido.

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, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."' Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 18 de maio de 2017(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.427 - SP (2017/0038933-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MARCO ANTONIO CINEGAGLIA - EPP
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE SOUZA NEVES SCHEMY - SP203946
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S) - SP108094
INTERES. : DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE BAURU

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa é a seguinte (fl. 261, e-STJ):

APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - SIMPLES NACIONAL - Pretensão da autora em afastar a decisão da autoridade coatora que a excluiu do Regime de Tributação Simplificado - Improcedência pronunciada em Primeiro Grau - Decisório que merece subsistir - Ausência de direito líquido e certo - Autoridade coatora que acolheu de sistema informatizado da impetrante dados de vendas de mercadorias que, quando confrontados com as notas fiscais emitidas, denunciaram a inexatidão dos lançamentos - Exclusão justificada do Simples Nacional - Inteligência do art. 29 da Lei Complementar 123/2006 - Prova colhida, ademais, de forma lícita - Poder de fiscalização da autoridade administrativa - Sentença mantida - Negado provimento ao recurso.

A recorrente, nas razões do Recurso Especial, alega que ocorreu violação do art. 29, § 9º, da LC 123/2006 e dos arts. 112, II, e 195 do CTN. Sustenta, em suma, que foi arbitrariamente excluída do Simples Nacional. Aduz que o agente fiscal não lavrou Auto de Infração para caracterização de prática reiterada de infração. Defende o afastamento dos efeitos *ex tunc* da decisão administrativa que determinou a sua exclusão do Simples Nacional, ante a aplicação do princípio *da menor onerosidade*.

Afirma (fl. 281, e-STJ):

Com isso, é nítido o emprego da presunção por parte do Recorrido, vez que a alegação de impossibilidade de emissão de documento fiscal somente comprovar-se-ia com a descoberta do dispositivo que impedia sua impressão, o qual, em momento algum, foi averiguado.

(...)

Por que não foram solicitados os documentos fiscais que o Recorrido afirmou não terem sido impressos no período fiscalizado (outubro/2007 a dezembro/2007 e fevereiro/2008 a abril/2008)?



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso revela a presunção da infração cometida, uma vez que não podem ser consideradas como provas da conduta irregular as cópias do relatório, do Livro Registro de Saída e dos impressos das Declarações do Simples Nacional.

Nessa seara, em se tratando de presunção, não há que se falar em ato que exclua a empresa do Simples Nacional.

Contrarrazões apresentadas às fls. 298-300, e-STJ.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 338-342, e-STJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.427 - SP (2017/0038933-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 20.3.2017.

A irrisignação não merece prosperar.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu que não foi com base em meras presunções que a recorrente foi excluída do Simples Nacional, mas sim em prova devidamente demonstrada judicialmente.

Consignou (fls. 262-265, e-STJ, grifei):

Conforme se verifica no caso, a autoridade coatora, exercendo seu poder fiscalizador, colheu das máquinas do apelante dados referentes às vendas de mercadoria entre os meses de outubro de 2007 e abril de 2008. Na posse de tais arquivos, constatou diferença a menor quanto ao ICMS pago pela empresa. Sob o pálio dos art. 29, §1º, da Lei Complementar n.º 123/2006 e do art. 6º, VI, da Resolução CGSN n.º 15/2007, o apelado excluiu a beneficiária do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - SIMPLES Nacional.

Pois bem. Primeiramente, não há que se falar em ilegalidade da coleta de dados pela autoridade coatora. Cabe à autoridade administrativa a fiscalização e lançamento do crédito tributário, sendo que a ela é permitido o acesso aos livros e outros arquivos que possam conter informações pertinentes à fiscalização de recolhimento de tributos.

(...)

Quanto à alegação de irretroatividade da exclusão no Simples Nacional, a argumentação do autor perde força se confrontado com as disposições do art. 29 da Lei Complementar n.º 123/2006, em capítulo específico que trata sobre a exclusão da pessoa jurídica do Simples Nacional:

(...)

No mais, não se extrai o direito líquido e certo necessário à impetração desta ação mandamental. Isto porque restou evidente que o software utilizado pela autora fazia acompanhamento severo quanto às vendas realizadas, que não encontraram correspondência nas notas fiscais emitidas. Portanto, não foi desarrazoada a exclusão da impetrante do Simples Nacional. Aliás, como bem resumiu a brilhante sentença de Primeiro Grau:

Com efeito, rever o entendimento consignado pela Corte local requer revolvimento do conjunto fático-probatório, sobretudo no que diz respeito aos elementos que induziram o *juízo a quo* a concluir pela ocorrência de fraude no sistema de emissão de cupom



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscal.

Assim, a análise dessa questão demanda o reexame de provas, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. MULTA TRIBUTÁRIA. FRAUDE. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Na espécie, o Tribunal a quo delineou a controvérsia dentro do universo fático-comprobatório, concluindo caracterizada a hipótese de fraude pela parte autora, a qual informou ao Fisco possuir créditos decorrentes de ação judicial (mandado de segurança 2003.72.01.003304-6), de forma inverídica, uma vez que a decisão proferida no mandamus lhe foi desfavorável.

3. Na verdade, no presente caso, a questão não foi decidida conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso ao pretendido, de modo que a irresignação traduz-se em inconformação com a tese adotada.

4. No caso, não há como aferir eventual violação dos dispositivos infraconstitucionais alegados sem que se abram as provas ao reexame, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 834.157/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 22/03/2016)

Verifica-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ quanto à possibilidade de apreensão de documentos fiscais, sem o referido mandado judicial.

Nesse sentido:

CRIMINAL. HC. SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE DE PROCESSOS, FUNDADOS EM LIVROS CONTÁBEIS E NOTAS FISCAIS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO FAZENDÁRIA, SEM MANDADO JUDICIAL. DOCUMENTOS NÃO ACOBERTADOS POR SIGILO E DE APRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA. PODER DE FISCALIZAÇÃO DOS AGENTES FAZENDÁRIOS. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA.

I. Os documentos e livros que se relacionam com a contabilidade da empresa não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo e são, inclusive, de apresentação obrigatória por ocasião das atividades fiscais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Tendo em vista o poder de fiscalização assegurado aos agentes fazendários e o caráter público dos livros contábeis e notas fiscais, sua apreensão, durante a fiscalização, não representa nenhuma ilegalidade. Precedente.

III. Ordem denegada.

(HC 18612/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 17/03/2002)

Ademais, como bem apontado pelo Ministério Público Federal, em parecer, vale citar o voto-vista da Ministra Laurita Vaz no julgamento do HC 242.750/DF, exarado nos seguintes termos (fl. 342, e-STJ):

É possível ao fiscal tributário o exame de computadores e mídias digitais relativos à atividade comercial, ainda que não esteja munido de mandado judicial para tanto e o comerciante tenha vedado o acesso a tal documentação, pois, segundo o entendimento do STJ, os documentos relativos à contabilidade da empresa, aí se incluindo disquetes, CDs, documentos digitalizados e outras mídias, não estão protegidos por nenhum tipo de sigilo, podendo ser averiguados na ocasião das atividades fiscais, nos mesmos moldes do que ocorre com os documentos físicos.

Por fim, não há falar em irretroatividade da exclusão do Simples Nacional, haja vista que apenas foi aplicado o disposto no artigo 29 da Lei Complementar 123/2006, a qual traz capítulo específico tratando a exclusão da pessoa jurídica do referido regime tributário, *verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

II - for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública;

III - for oferecida resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde desenvolvam suas atividades ou se encontrem bens de sua propriedade;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **não conheço do Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0038933-0

REsp 1.660.427 / SP

Números Origem: 00290836220118260071 0710120110290839 1032/2011 10322011 20120000309097
290836220118260071

PAUTA: 18/05/2017

JULGADO: 18/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS SIMÕES MARTINS SOARES

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCO ANTONIO CINEGAGLIA - EPP
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE SOUZA NEVES SCHEMY - SP203946
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : VALERIA MARTINEZ DA GAMA E OUTRO(S) - SP108094
INTERES. : DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE BAURU

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.