



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.612 - MG (2009/0004446-1)

RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. OPERAÇÃO COMERCIAL NÃO COMPROVADA. SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. No caso dos autos, ao contrário do que sustenta a agravante, o Tribunal a quo decidiu com base no conjunto fático probatórios dos autos ao concluir que a operação de compra e venda não fora comprovada. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. O recurso não pode ser conhecido sob o fundamento da alínea "c", porquanto não realizou o recorrente o necessário cotejo analítico, não demonstrou suficientemente as circunstâncias identificadoras da divergência com o caso confrontado, conforme dispõem os artigos 541 do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, negando provimento ao agravo regimental, a Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Martins. Vencido o Sr. Ministro Castro Meira." Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.612 - MG (2009/0004446-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Cesa Transportes S.A. interpõe agravo regimental à decisão de fls. 1.004-1.005, proferida pela em. Ministra Eliana Calmon nos seguintes termos:

"As partes interpõem recursos especiais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 819):

TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - DOCUMENTOS FISCAIS DECLARADOS INIDÔNEOS - NÃO COMPROVAÇÃO DE EFETIVA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - INEXISTÊNCIA DE CONHECIMENTO DE TRANSPORTE - ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE - IMPOSSIBILIDADE.

V.V.P.

Apelação. Embargos à execução fiscal. Crédito de ICMS. Notas fiscais consideradas inidôneas. Realização da operação de compra e venda. Possibilidade de aproveitamento dos créditos pelo contribuinte. Desde que o contribuinte demonstre que a operação mercantil realmente ocorreu, poderão ser aproveitados os créditos de ICMS relacionados a notas fiscais consideradas inidôneas pela Fazenda Estadual. Precedentes do Egrégio STJ.

Foram opostos embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados (fl. 845/848).

CESA Transportes S/A alega, em preliminar, violação do art. 535 do CPC, acusando omissão no acórdão que julgou os embargos declaratórios.

No mérito, aponta violação dos arts. 100, I, 103 e 106 do CTN, defendendo a tese de que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas entram em vigor apenas na data de sua publicação, estando vedada a aplicação retroativa dos mesmos nos casos de aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Entende, ainda, que o art. 136 do CTN deveria ter sido aplicado ao caso dos autos, nos termos do entendimento pacífico do STJ.

A Fazenda Estadual afirma que foram violados os arts. 136 do CTN e 23 da LC 87/96, argumentando que nota fiscal inidônea é incapaz de gerar crédito de imposto, pelo simples fato de não ter havido débito na operação anterior, acrescentado que a empresa não logrou demonstrar a veracidade das transações sustentadas em notas fiscais inidôneas.

É o relatório.

CESA Transportes S.A. opôs embargos à execução fiscal em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavor do Fisco Estadual aduzindo ter direito ao reconhecimento da manutenção de créditos de ICMS, em razão de efetivas operações de compra e venda de mercadorias realizadas com as empresas Algotec Comercial Ltda., Inter-Cotton Comércio e Exportação Ltda. e Estância Algodoeira Ltda., apesar de as notas fiscais das referidas empresas terem sido declaradas inidôneas.

A sentença julgou parcialmente procedentes os embargos, para declarar insubsistente a execução com relação ao ICMS destacado da operação realizada entre a Embargante e a Estância Algodoeira Ltda., mantendo a exação em relação ao tributo destacado de operações relativas às empresas Algotec Comercial Ltda. e Inter-Cotton Comércio e Exportação Ltda.

O acórdão recorrido, em reexame necessário, confirmou a sentença, vencido parcialmente o relator.

Em primeiro lugar, não visualizo no julgado qualquer omissão, contradição ou obscuridade, na medida em que o Tribunal *a quo* decidiu fundamentadamente as questões essenciais ao julgamento da lide.

No nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o juiz, ao caso concreto, a solução por ele considerada pertinente, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado do magistrado, positivado no art. 131 do CPC.

Passando ao exame do mérito, observo que no julgamento da apelação, o Des. Revisor concordou com o Des. Relator quanto à subsistência e comprovação por parte da embargante na realização da operação mercantil de compra e venda, ressaltando que a perícia demonstrou, satisfatoriamente, as operações mercantis efetivadas no ano base 1989, confirmando a sentença na parte em que declarou a insubsistente a execução com relação ao ICMS destacado da operação realizada entre a Embargante e a Estância Algodoeira Ltda.

Em relação à apelação de CESA Transportes S.A., consignou a Corte de origem que, *no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada* (fl. 833).

A jurisprudência do STJ 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.

Nesse contexto, não há como acolher a pretensão da recorrente CESA Transportes S.A., pois, em sede de recurso especial, não se pode reexaminar as provas dos autos, consoante adverte a Súmula 7/STJ.

O mesmo óbice impede o conhecimento do recurso especial da Fazenda Estadual.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso especial de CESA Transportes S.A. e, na extensão, nego-lhe provimento, bem como, não conheço do recurso especial da Fazenda Estadual."

A agravante insurge-se contra a aplicação do verbete n. 7 da Súmula desta Corte, afirmando que o acórdão recorrido reconheceu a realização das operações comerciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em questão. Alega, ainda, ter sido demonstrada a divergência pretoriana.

Adverte que a decisão agravada omitiu-se quanto à análise da cobrança de crédito tributário diante da impossibilidade de retroação dos efeitos dos atos de declaração de inidoneidade das notas fiscais.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.612 - MG (2009/0004446-1)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. OPERAÇÃO COMERCIAL NÃO COMPROVADA. VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

Nada obstante o empenho da parte, persisto no entendimento externado no decisório agravado.

Quanto à omissão apontada, consoante destacou a em. Ministra Eliana Calmon na decisão agravada, não ocorreu a alegada ofensa ao art. 535 do CPC. Com efeito, o acórdão recorrido não foi omissor e, fundamentadamente, deu solução às questões controvertidas, embora de forma desfavorável aos interesses da agravante, o que não importa em violação da referida regra processual.

Quanto ao mérito, melhor sorte não encontra a agravante.

Na hipótese dos autos, ao contrário do que foi sustentado pela agravante, o Tribunal de origem concluiu que não fora comprovada a operação de compra e venda, merecendo destaque o seguinte trecho do voto vencedor:

“Nesta toada, afastada está a configuração de boa-fé diante da resposta ao quesito 8 (fls. 103). Segundo o perito oficial as empresas ALGOTEC e INTER-COTTON COMERCIAL **'nunca exerceram suas atividades mercantis, consoante já relatado ao longo desse laudo'**. Se as notas fiscais são declaradas inidôneas cabe ao contribuinte comprovar que efetivamente correspondem a negócio efetivamente realizado.

Não se nega que o c. STJ tem assegurado ao contribuinte o aproveitamento do crédito do ICMS quando constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, asseverando, ainda, não poder o adquirente de boa-fé ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora. Todavia, no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada. Não há registro contábil hábil capaz de comprovar a efetivação da operação mercantil de compra e venda.

O apelado, com supedâneo na resposta do perito ao quesito 4.5,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infirmar que não houve por parte da apelante a entrega de qualquer conhecimento de transporte das mercadorias a nenhuma das notas fiscais objeto da autuação fiscal (f. 97). Nesta toada, não havendo qualquer conhecimento de transporte, não há prova do transporte físico das mercadorias. E mais: não havendo pagamento contabilizado na escrita da embargante, não há comprovação da validade do negócio jurídico mercantil. Logo, prevalece a presunção de certeza e liquidez do título executivo, na forma da r. sentença” (fl. 833).

Portanto, inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Por fim, a sugerida divergência pretoriana não foi demonstrada, não se evidenciando dos trechos transcritos pela recorrente a devida similitude fática com a hipótese dos autos, sendo certo que, para a caracterização do dissídio, é necessário que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em situações fáticas semelhantes.

Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nego provimento ao agravo regimental.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0004446-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** AgRg no REsp 1.115.612 / MG

Números Origem: 10210980030212 10210980030212001 10210980030212003 210980021625
210980030212 980030212

PAUTA: 12/06/2012

JULGADO: 12/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESA TRANSPORTES S/A
 ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
 RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
 PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA 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:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.612 - MG (2009/0004446-1)

RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO CASTRO MEIRA: Trata-se de agravo regimental contra decisão proferida pela então Relatora Min. Eliana Calmon que, em suma, conheceu em parte do recurso especial da ora agravante, negando-lhe provimento e não conhecendo do recurso interposto pela Fazenda Estadual, sob os seguintes fundamentos:

Em primeiro lugar, não visualizo no julgado qualquer omissão, contradição ou obscuridade, na medida em que o Tribunal *a quo* decidiu fundamentadamente as questões essenciais ao julgamento da lide.

No nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o juiz, ao caso concreto, a solução por ele considerada pertinente, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado do magistrado, positivado no art. 131 do CPC.

Em seguida, assim abordou o tema central do recurso:

Passando ao exame do mérito, observo que no julgamento da apelação, o Des. Revisor concordou com o Des. Relator quanto à subsistência e comprovação por parte da embargante na realização da operação mercantil de compra e venda, ressaltando que a perícia demonstrou, satisfatoriamente, as operações mercantis efetivadas no ano base 1989, confirmando a sentença na parte em que declarou a insubsistente a execução com relação ao ICMS destacado da operação realizada entre a Embargante e a Estância Algodoeira Ltda.

Em relação à apelação de CESA Transportes S.A., consignou a Corte de origem que, *no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada* (fl. 833).

A jurisprudência do STJ 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.

Nesse contexto, não há como acolher a pretensão da recorrente CESA Transportes S.A., pois, em sede de recurso especial, não se pode reexaminar as provas dos autos, consoante adverte a Súmula 7/STJ (e-STJ fl. 1005).

Esse entendimento foi prestigiado pelo Min. Cesar Rocha, atual Relator.

Pedi vista para examinar melhor os argumentos da empresa recorrente

Observo que apenas a empresa apresentou agravo regimental contra a decisão monocrática. Caberia assim ser retificada a autuação, consignando-se sua qualidade como agravante e do Estado, como agravado.

Exponho brevemente os principais pontos da causa e apresento meu voto.

Ambas as partes insurgiram-se, pela via especial, contra o r. acórdão proferido pelo col.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cujos fundamentos estão resumidos em sua ementa:

TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - DOCUMENTOS FISCAIS DECLARADOS INIDÔNEOS - NÃO COMPROVAÇÃO DE EFETIVA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - INEXISTÊNCIA DE CONHECIMENTO DE TRANSPORTE - ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE - IMPOSSIBILIDADE.

V.V.P.

Apelação. Embargos à execução fiscal. Crédito de ICMS. Notas fiscais consideradas inidôneas. Realização da operação de compra e venda. Possibilidade de aproveitamento dos créditos pelo contribuinte. Desde que o contribuinte demonstre que a operação mercantil realmente ocorreu, poderão ser aproveitados os créditos de ICMS relacionados a notas fiscais consideradas inidôneas pela Fazenda Estadual. Precedentes do Egrégio STJ.

A empresa agravante trouxe duas teses para sustentar seu direito:

a) a existência da necessária comprovação das operações comerciais, não demandando o exame dessa tese a análise da base fática dos autos;

b) os atos administrativos que declararam a inidoneidade das Notas Fiscais emitidas pelas vendedoras não possuem eficácia retroativa, pelo que houve violação aos arts. 100, I, 103 e 106 do CTN e, subsidiariamente, alega o malferimento do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Da leitura dos autos, observo que, a despeito de provocação desde a inicial, a Corte de origem não se manifestou sobre a segunda das teses, não considerando a data em que houve os atos que declararam a inidoneidade das notas fiscais.

A corroborar essa assertiva, transcrevo o voto-condutor do eminente Desembargador Brandão Teixeira, relator para acórdão na origem:

Sustenta a apelante que, sob a ótica do STJ, não é necessária a comprovação de quitação bancária, mas tão somente a configuração da realização da operação física de entrada da mercadoria no estabelecimento comprador. E mais: A quitação bancária é mais um elemento de prova que não exclui os demais documentos comprobatórios da efetiva circulação de mercadorias. Alega ainda a não incidência do artigo 136 do CTN ao caso concreto e, por fim, a obediência ao princípio constitucional da irretroatividade dos Comunicados DIF/SER nº 027/91 e 038/91 a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 1988 a 1990.

Segundo o i. Magistrado:

"...consta expressamente que em relação a Algotec Comercial Ltda. e Inter-Cotton Comércio e Exportação Ltda. não houve pagamento contabilizado na escrita da embargante/executada, de forma que sob a ótica do posicionamento do STJ, não houve comprovação da validade do negócio. Nestas notas, não foi apresentada comprovação de pagamento nos livros da embargante/executada, de modo que a glosa deve prevalecer" (sic. f. 715).

A r. sentença deve prevalecer. Em verdade, há necessidade de pagamento (quitação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bancária) para se comprovar a ocorrência de operação de compra e venda para efeito de créditos de ICMS.

Houve perícia contábil nos autos onde apelante e apelado buscam sustentação para suas teses.

Entendo que o pagamento é elemento de prova para se demonstrar a efetiva circulação de mercadorias. Nesta parte razoável a colocação do apelado ao argumentar que:

"o pagamento por uma operação é tão importante quanto a efetiva entrega da mercadoria. Essas duas prestações são da essência do contrato de compra e venda mercantil. No caso vertente, constatou-se que no que pertine às operações realizadas com as duas empresas citadas, a Apelante foi incapaz de comprovar que pagou por elas. E se não pagou pelas operações, é porque elas, na verdade não existiram.

Esse argumento revela-se relevante, mormente quando a agravante alude ao precedente desta Corte no REsp 176.270/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, em que se reconheceu a validade das operações realizadas com empresa posteriormente declarada inidônea pelo Fisco. Observo que esse também foi o entendimento adotado pela 1ª Seção em julgamento de recurso representativo de controvérsia previsto no art. 543-C do CPC (REsp 114844/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. em 14/04/2010, DJe 27/04/2010).

O aresto proferido em aclaratórios deve, pois, ser anulado com retorno dos autos para novo julgamento, reconhecendo-se a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, a fim de que haja pronunciamento explícito sobre esse ponto.

Ante o exposto, **divergindo do Sr. Ministro Relator, dou provimento ao agravo para dar provimento em parte ao recurso especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.612 - MG (2009/0004446-1)

RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. OPERAÇÃO COMERCIAL NÃO COMPROVADA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. No caso dos autos, ao contrário do que sustenta a agravante, o Tribunal *a quo* decidiu com base no conjunto fático-probatório dos autos ao concluir que a operação de compra e venda não fora comprovada. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. O recurso não pode ser conhecido pelo fundamento da alínea "c", porquanto não realizou a recorrente o necessário cotejo analítico, não demonstrou suficientemente as circunstâncias identificadoras da divergência com o caso confrontado, conforme dispõem os arts. 541 do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se de agravo regimental interposto por CESA TRANSPORTES S/A contra decisão monocrática da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon cujo teor reproduzo:

"As partes interpõem recursos especiais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 819):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - DOCUMENTOS FISCAIS DECLARADOS INIDÔNEOS - NÃO COMPROVAÇÃO DE EFETIVA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - INEXISTÊNCIA DE CONHECIMENTO DE TRANSPORTE - ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE - IMPOSSIBILIDADE.

V.V.P.

Apelação. Embargos à execução fiscal. Crédito de ICMS. Notas fiscais consideradas inidôneas. Realização da operação de compra e venda. Possibilidade de aproveitamento dos créditos pelo contribuinte. Desde que o contribuinte demonstre que a operação mercantil realmente ocorreu, poderão ser aproveitados os créditos de ICMS relacionados a notas fiscais consideradas inidôneas pela Fazenda Estadual. Precedentes do Egrégio STJ.

Foram opostos embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados (fl. 845/848).

CESA Transportes S/A alega, em preliminar, violação do art. 535 do CPC, acusando omissão no acórdão que julgou os embargos declaratórios.

No mérito, aponta violação dos arts. 100, I, 103 e 106 do CTN, defendendo a tese de que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas entram em vigor apenas na data de sua publicação, estando vedada a aplicação retroativa dos mesmos nos casos de aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Entende, ainda, que o art. 136 do CTN deveria ter sido aplicado ao caso dos autos, nos termos do entendimento pacífico do STJ.

A Fazenda Estadual afirma que foram violados os arts. 136 do CTN e 23 da LC 87/96, argumentando que nota fiscal inidônea é incapaz de gerar crédito de imposto, pelo simples fato de não ter havido débito na operação anterior, acrescentado que a empresa não logrou demonstrar a veracidade das transações sustentadas em notas fiscais inidôneas.

É o relatório.

CESA Transportes S.A. opôs embargos à execução fiscal em desfavor do Fisco Estadual aduzindo ter direito ao reconhecimento da manutenção de créditos de ICMS, em razão de efetivas operações de compra e venda de mercadorias realizadas com as empresas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Algotec Comercial Ltda., Inter-Cotton Comércio e Exportação Ltda. e Estância Algodoeira Ltda., apesar de as notas fiscais das referidas empresas terem sido declaradas inidôneas.

A sentença julgou parcialmente procedentes os embargos, para declarar insubsistente a execução com relação ao ICMS destacado da operação realizada entre a Embargante e a Estância Algodoeira Ltda., mantendo a exação em relação ao tributo destacado de operações relativas às empresas Algotec Comercial Ltda. e Inter-Cotton Comércio e Exportação Ltda.

O acórdão recorrido, em reexame necessário, confirmou a sentença, vencido parcialmente o relator.

Em primeiro lugar, não visualizo no julgado qualquer omissão, contradição ou obscuridade, na medida em que o Tribunal a quo decidiu fundamentadamente as questões essenciais ao julgamento da lide.

No nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o juiz, ao caso concreto, a solução por ele considerada pertinente, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado do magistrado, positivado no art. 131 do CPC.

Passando ao exame do mérito, observo que no julgamento da apelação, o Des. Revisor concordou com o Des. Relator quanto à subsistência e comprovação por parte da embargante na realização da operação mercantil de compra e venda, ressaltando que a perícia demonstrou, satisfatoriamente, as operações mercantis efetivadas no ano base 1989, confirmando a sentença na parte em que declarou a insubsistente a execução com relação ao ICMS destacado da operação realizada entre a Embargante e a Estância Algodoeira Ltda.

Em relação à apelação de CESA Transportes S.A., consignou a Corte de origem que, no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada (fl. 833).

A jurisprudência do STJ 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.

Nesse contexto, não há como acolher a pretensão da recorrente CESA Transportes S.A., pois, em sede de recurso especial, não se pode reexaminar as provas dos autos, consoante adverte a Súmula 7/STJ.

O mesmo óbice impede o conhecimento do recurso especial da Fazenda Estadual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com essas considerações, conheço em parte do recurso especial de CESA Transportes S.A. e, na extensão, nego-lhe provimento, bem como, não conheço do recurso especial da Fazenda Estadual. "

A agravante sustenta que não é o caso de aplicação da Súmula 7/STJ, afirmando que o acórdão recorrido reconheceu a realização das operações comerciais em questão.

Alega, ainda, ter sido demonstrada a divergência pretoriana, bem como que a decisão agravada omitiu-se quanto à análise da cobrança de crédito tributário diante da declaração de inidoneidade das notas fiscais.

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, pela submissão do presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.

Deve ser mantida a decisão agravada. De modo que acompanho integralmente o voto proferido Ministro Cesar Asfor Rocha em sede de agravo regimental.

Observo inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

Nos termos de jurisprudência pacífica do STJ, *"o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados"* (REsp 684.311/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.4.2006, DJ 18.4.2006, p. 191), como ocorreu no caso ora em apreço.

No caso dos autos, ao contrário do que sustenta a agravante, o Tribunal *a quo* decidiu com base no conjunto fático-probatório dos autos ao concluir que a operação de compra e venda não fora comprovada, *verbis*:

"Nesta toada, afastada está a configuração de boa-fé diante da resposta ao quesito 8 (fls. 103). Segundo o perito oficial as empresas ALGOTEC e INTER-COTTON COMERCIAL 'nunca exerceram suas atividades mercantis, consoante já relatado ao longo desse laudo'. Se as notas fiscais são declaradas inidôneas cabe ao contribuinte comprovar que efetivamente correspondem a negócio efetivamente realizado.

Não se nega que o c. STJ tem assegurado ao contribuinte o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aproveitamento do crédito do ICMS quando constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, asseverando, ainda, não poder o adquirente de boa-fé ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora. Todavia, no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada. Não há registro contábil hábil capaz de comprovar a efetivação da operação mercantil de compra e venda.

O apelado, com supedâneo na resposta do perito ao quesito 4.5, infirma que não houve por parte da apelante a entrega de qualquer conhecimento de transporte das mercadorias a nenhuma das notas fiscais objeto da autuação fiscal (f. 97). Nesta toada, não havendo qualquer conhecimento de transporte, não há prova do transporte físico das mercadorias. E mais: não havendo pagamento contabilizado na escrita da embargante, não há comprovação da validade do negócio jurídico mercantil. Logo, prevalece a presunção de certeza e liquidez do título executivo, na da r. sentença" (fl. 833).

Nesse caso, não há como aferir eventual violação sem que se reexamine 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.

Nesse sentido, a doutrina do ilustre jurista Roberto Rosas:

"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. Acertadamente, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal abominaram a abertura da prova ao reexame pela Corte Maior. Entretanto, tal orientação propiciou a restrição do recurso extraordinário, e por qualquer referência à prova, não conhece do recurso."

(Direito Sumular – Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 6ª Edição ampliada e revista, Editora Revista dos Tribunais, p. 305.)

O recurso não pode ser conhecido, também, pelo fundamento da alínea



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"c", porquanto não realizou o recorrente o necessário cotejo analítico. O requerente não demonstrou suficientemente as circunstâncias identificadoras da divergência com o caso confrontado, conforme dispõem os arts. 541 do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator p/ acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0004446-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.115.612 / MG**

Números Origem: 10210980030212 10210980030212001 10210980030212003 210980021625
210980030212 980030212

PAUTA: 12/06/2012

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESA TRANSPORTES S/A
 ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
 RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
 PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA 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:

"Proseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, dando provimento ao agravo regimental para dar parcial provimento ao recurso especial; e o voto do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.612 - MG (2009/0004446-1)

RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão proferida pela então Relatora Min. Eliana Calmon, que conheceu, em parte, do Recurso Especial de Cesa Transportes S.A., e, nesta extensão, negou-lhe provimento. Em suma, Sua Excelência entendeu que a revisão do entendimento originário configuraria revisão de matéria fática (Súmula 7).

2. A recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 535 do CPC, porque, a despeito da oposição dos Embargos, a Corte de Apelação se manteve omissa em relação a pontos importantes; e dos arts. 100, I, 103 e 106 do CTN, sob o argumento de que as declarações de inidoneidade das notas fiscais não podem ter aplicação retroativa, para abranger negociações anteriores aos atos estatais, como alega ter ocorrido. Afirmar ter havido efetiva prova das operações glosadas pelo Fisco.

3. *In casu*, não se fala em violação do art. 535 do CPC. Ao analisar o acórdão recorrido, percebe-se que o voto do Relator (vencido) menciona expressamente a orientação jurisprudencial do STJ sobre o assunto, inclusive citando o EDcl no REsp 625.791/MG, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 2006, e o REsp 246.134/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 2005. Em seguida, constata-se que o Em. Revisor (vencedor) também tratou explicitamente do tema, ao afirmar que, embora as vendas tivessem ocorrido em data anterior à verificação de irregularidades nas notas fiscais (declarações de inidoneidade), conforme trecho que se extrai da fl. 833, a parte deveria demonstrar a veracidade das operações de compra e venda, o que não foi feito, segundo concluiu pela prova dos autos.

4. O comerciante que adquire mercadoria cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido posteriormente declarada inidônea é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS pelo *princípio da não cumulatividade*, desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada (em observância ao disposto no artigo 136 do CTN), sendo certo que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (REsp 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27.4.2010, rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

5. Hipótese em que o Tribunal local concluiu, com base na prova dos autos, que a empresa agravante não demonstrou realização de operação de compra e venda. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teor da Súmula 7/STJ.

6. Voto pelo não provimento do Agravo Regimental, acompanhando os votos dos e. Ministros Cesar Asfor Rocha, relator, e Humberto Martins. Divirjo, com a devida vênia, do posicionamento do Exmo. Sr. Min. Castro Meira.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Agravo Regimental contra decisão proferida pela então Relatora Min. Eliana Calmon, que conheceu, em parte, do Recurso Especial de CESA Transportes S.A., e, nesta extensão, lhe negou provimento. Em suma, Sua Excelência entendeu que a revisão do entendimento originário configuraria reexame de matéria fática (Súmula 7).

O Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF), registre-se, foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - DOCUMENTOS FISCAIS DECLARADOS INIDÔNEOS - NÃO COMPROVAÇÃO DE EFETIVA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES MERCANTIS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - INEXISTÊNCIA DE CONHECIMENTO DE TRANSPORTE - ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE - IMPOSSIBILIDADE.

V.V.P.

Apelação. Embargos à execução fiscal. Crédito de ICMS. Notas fiscais consideradas inidôneas. Realização da operação de compra e venda. Possibilidade de aproveitamento dos créditos pelo contribuinte. Desde que o contribuinte demonstre que a operação mercantil realmente ocorreu, poderão ser aproveitados os créditos de ICMS relacionados a notas fiscais consideradas inidôneas pela Fazenda Estadual. Precedentes do Egrégio STJ.

Os Embargos de Declaração opostos contra esse acórdão foram rejeitados (fls. 845-848).

A recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 535 do CPC, porque, a despeito da oposição dos Embargos, a Corte de Apelação se manteve omissa em relação a pontos importantes; e arts. 100, I, 103 e 106 do CTN, sob o argumento de que as declarações de inidoneidade das notas fiscais não podem ter aplicação retroativa, para abranger negociações anteriores aos atos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estatais, como alega ter ocorrido. Afirma ter havido efetiva prova das operações glosadas pelo Fisco.

Após voto do Min. Cesar Asfor Rocha (então Relator) pela manutenção da decisão monocrática, o Min. Castro Meira pediu vista e se pronunciou pelo acolhimento do Agravo, para, em parte, dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo a violação do art. 535 do CPC. Em seguida, o Min. Humberto Martins votou pela rejeição da tese de afronta ao art. 535 do CPC e, no mais, acompanhou o voto do Em. Relator, pelo desprovimento do Recurso (Súmula 7).

É o **relatório**.

Decido.

1. Violação do art. 535 do CPC

Após análise do caso, entendo que não há a alegada afronta ao dispositivo *supra*.

O Exmo. Sr. Min. Castro Meira, ao reconhecer a negativa de prestação jurisdicional, manifestou-se no sentido de que a Corte *a quo* não se debruçou sobre a tese de que as operações mercantis foram realizadas antes dos atos do Fisco que declararam inidoneidade das notas fiscais. Uma das teses da parte recorrente é justamente a de que a declaração de inidoneidade não pode ter efeitos pretéritos, devido à boa-fé dos que negociaram com a empresa emitente da nota.

Ao analisar o acórdão recorrido, percebo que o voto do Relator (vencido) aplica expressamente a orientação jurisprudencial do STJ, inclusive citando o EDcl no REsp 625.791/MG, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 2006, que trata justamente de hipótese na qual a declaração de inidoneidade das notas ocorrera após a feitura das operações de compra e venda. No mesmo sentido, transcreveu a ementa do REsp 246.134/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 6.12.2005.

Em seguida, o Em. Revisor (vencedor) também tratou do assunto, ao afirmar que as vendas ocorreram em data anterior à verificação de irregularidades nas notas fiscais, conforme trecho que se extrai à fl. 833:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se nega que o c. STJ tem assegurado ao contribuinte o aproveitamento do crédito do ICMS quando constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, asseverando, ainda, não poder o adquirente de boa-fé ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora. Todavia, no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada. Não há registro contábil hábil capaz de comprovar a efetivação da operação mercantil de compra e venda.

Diante disso, entendo que o assunto foi apreciado de maneira completa. Satisfeito, pois, o requisito do prequestionamento.

2. Violação dos arts. 100, I, 103 e 106 do CTN

O Agravo Regimental não merece prosperar também nesta parte, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

A decisão agravada consignou que a Corte local, ao examinar a matéria, invocou decisões do STJ para concluir que a eficácia da declaração da inidoneidade de notas fiscais se dá a partir da publicação da decisão administrativa, de modo que, em princípio, deve ser respeitada a presunção de boa-fé do estabelecimento que adquiriu mercadorias. Mas, para tanto, deve-se comprovar a veracidade da compra e venda efetuada.

Veja-se a ementa do Recurso Repetitivo que sepultou a controvérsia:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante).

3. *In casu*, o Tribunal de origem consignou que: "(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o Fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS.

5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1148444/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27.4.2010)

Como se vê, a jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de que é necessária a demonstração, pelo contribuinte, por meio dos registros contábeis, de que a operação de compra e venda foi efetivamente realizada para o aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco.

No caso dos autos, porém, concluiu-se que a empresa não se desincumbiu do ônus probatório para comprovar a concretização da venda e compra (fl. 1005):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à apelação da CESA Transportes S.A., consignou a Corte de origem que, no presente caso, a veracidade da operação mercantil a cargo do contribuinte não restou comprovada (fl. 833).

A jurisprudência do STJ 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.

Nesse contexto, não há como acolher a pretensão da recorrente CESA Transportes S.A., pois, em sede de recurso especial, não se pode reexaminar as provas dos autos, consoante adverte a Súmula 7/STJ. (trecho da decisão recorrida)

Assim, diante dos termos do acórdão e das alegações da agravante, é inviável a análise da irresignação, pois aplicar posicionamento distinto do proferido pelo aresto confrontado implica reexame da matéria fático-probatória, o que é obstado a este Tribunal Superior, conforme determina a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial." Confirmam-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO COMERCIAL. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O comerciante que adquire mercadoria cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido posteriormente declarada inidônea é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não cumulatividade, desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada (em observância ao disposto no artigo 136, do CTN), sendo certo que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação. (REsp. 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27.4.2010, rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

2. Hipótese em que o Tribunal local concluiu, com base na prova dos autos, que a empresa agravante não demonstrou realização de operação de compra e venda. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 260.278/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.4.2014, DJe 18.6.2014)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(AgRg no REsp 1355768/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.2.2014, DJe 10.2.2014)

TRIBUTÁRIO. ICMS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. NOTAS FISCAIS. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DAS OPERAÇÕES. SÚMULA 7/STJ.

1. Discute-se o direito de aproveitamento de créditos gerados pela entrada de mercadorias no caso em que os documentos fiscais da vendedora foram posteriormente declarados inidôneos pela autoridade fiscal.

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (REsp. 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 27/4/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

3. Na espécie, contudo, o acórdão verificou que não havia prova da concretude das operações mercantis, afirmando que a autora não comprovou a entrada de qualquer mercadoria em seu estabelecimento e também nada provou acerca de negócio efetivamente realizado concluindo que sua boa-fé, cuja constatação dependeria, ao menos, da presença de indícios de que as mercadorias descritas nas notas fiscais de fls. 46 e segs. entraram, efetivamente, no estabelecimento da contribuinte (e-STJ fls. 613-619).

4. Rever o conteúdo fático-probatório para apurar se estão comprovadas as operações mercantis implicaria atividade estranha aos fins do recurso especial, o que não se admite, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no AREsp 91.004/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/02/2012 e AgRg no Ag 1239942/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 09/09/2011.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.228.786/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 29.08.2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. CREDITAMENTO REALIZADO COM FUNDAMENTO EM NOTAS FISCAIS IRREGULARES. COMPRA E VENDA NÃO EFETUADA. BOA-FÉ DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMPRESA CONTRIBUINTE DESCARACTERIZADA. ACÓRDÃO QUE DEFINE PELA INEXISTÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO SOBRE A CONTROVÉRSIA. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O comerciante que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido, posteriormente declarada inidônea, é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada (em observância ao disposto no artigo 136, do CTN), sendo certo que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação. (REsp. 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 14.4.2010, DJe 27.4.2010, rito do art. 543-C do CPC, e da Resolução STJ 8/2008).

2. Na hipótese em foco, o Tribunal de origem assentou que operação de compra e venda não foi efetivamente realizada, ante a fraude apurada. Diante de tal contexto, registrou que não há que se falar em boa-fé da empresa contribuinte, revelando-se, assim, ilegítimo o aproveitamento dos créditos do ICMS.

3. A revisão do acórdão depende do reexame do contexto fático-probatório apurado pela Corte Paulista, o que resulta na incidência do óbice na Súmula 7 do STJ. Nesse sentido: AgRg no Ag. 1.239.942/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 9/9/2011, REsp 623.335/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 10/9/2007.

4. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AREsp 102.473/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 02.08.2012).

Inevitável a aplicação do Enunciado 7 da Súmula de jurisprudência desta Corte, uma vez reconhecida a ausência de prova das operações de compra e venda no acórdão combatido.

Portanto, ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **também nego provimento ao Agravo Regimental, acompanhando os votos dos e. Ministros Cesar Asfor Rocha, relator, e Humberto Martins. Divirjo, com a devida vênia, do posicionamento do Exmo. Sr. Min. Castro Meira.**

É como **voto**.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0004446-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.115.612 / MG**

Números Origem: 10210980030212 10210980030212001 10210980030212003 210980021625
210980030212 980030212

PAUTA: 10/02/2015

JULGADO: 10/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CESA TRANSPORTES S/A
 ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
 RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
 PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA E OUTRO(S)
 RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CESA TRANSPORTES S/A
ADVOGADO : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA 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:

"Proseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, negando provimento ao agravo regimental, a Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Martins. Vencido o Sr. Ministro Castro Meira."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.