



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 3471 - SP (2021/0182284-3)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MICHELLE NAJARA APARECIDA SILVA - DF059721
AGRAVADO : IRMAOS MARAFÃO LTDA
ADVOGADOS : JOÃO LUIZ BRANDÃO - SP153097
JULIA LUIZA BRANDAO - SP405417

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. ATRIBUIÇÃO. ICMS. APROVEITAMENTO. NOTA FISCAL INIDÔNEA. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PROVA DOCUMENTAL DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SUFICIÊNCIA. CONTRAPROVA. ÔNUS DO FISCO.

1. A tutela provisória pode ser concedida por esta Corte Superior mediante atribuição de efeito suspensivo ou, eventualmente, por antecipação dos efeitos da tutela recursal, devendo haver a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a plausibilidade do direito alegado, consubstanciada na elevada probabilidade de êxito do apelo nobre, e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte.

2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.148/444/MG, Tema Repetitivo n. 272 do STJ, pacificou o entendimento acerca da higidez do aproveitamento de crédito de ICMS realizado pelo comprador de boa-fé quanto a operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais emitidas pela vendedora tenham sido declaradas inidôneas posteriormente, explicitando, ainda, que “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” (REsp 1.148.444/MG, Rel. Ministro Luiz fux, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010).

3. “A demonstração da boa-fé do adquirente, na linha do repetitivo, se dá mediante a apresentação da documentação fiscal inerente à aquisição da mercadoria e que estampe a regularidade da situação do alienante no momento da transação, de modo que, apresentados tais documentos, caberá ao fisco o ônus de provar que a operação registrada nas aludidas notas fiscais não aconteceu, afastando, assim, a presunção de boa-fé da contribuinte” (Rcl 37.081/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 10/04/2019, DJe 23/04/2019).

4. Hipótese em que a Corte de origem, mesmo assentando expressamente que a empresa adquirente apresentou a documentação pertinente à configuração da operação de compra e venda, à realização de pagamentos, à entrada das mercadorias em seu estabelecimento e à consulta ao cadastro do SINTEGRA, concluiu que ela não teria feito a prova da efetiva realização dos negócios, considerando, para tanto, os fatos apurados pela fiscalização, os quais dariam conta da inconsistência quanto à prova da forma do transporte da mercadoria e da ausência de prova por escrito da negociação.

5. *In casu*, não há, no acórdão recorrido, afirmação de que houve má-fé da empresa agravada em participar de eventual conluio para burlar a fiscalização tributária, mas, apenas, de que ela não teria sido diligente o suficiente na realização da operação comercial ao não investigar a real situação da empresa alienante, tarefa que não lhe competia.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 02/08/2022 a 08/08/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 08 de agosto de 2022.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator

AgInt no PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 3.471 - SP (2021/0182284-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão por mim proferida, constante às e-STJ fls. 857/865, em que deferi pedido de tutela provisória para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo TJ/SP nos autos da apelação interposta no Processo n. 1005351-73.2019.8.26.0291 e determinar a sustação dos efeitos do protesto extrajudicial da CDA n. 1295155979, até o julgamento final do recurso especial que discute o creditamento de ICMS destacado em nota fiscal posteriormente declarada inidônea.

Nas suas razões (e-STJ fls. 872/876), a Fazenda Pública agravante sustenta, em resumo, que, diversamente do assentado, a empresa agravada não logrou comprovar a sua boa-fé na operação comercial formalizada pela nota fiscal que ensejou os créditos de ICMS aproveitados. Para tanto, aduz que, "apesar das provas que atestam a realização da transação comercial, não á qualquer indício de participação da empresa emitente ARC INSDÚSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI nas operações", a qual "já se encontrava com a situação cadastral suspensa"; não havendo "quaisquer evidências de tratativas preliminares entre a AGRAVADA e a empresa ARC sobre as condições de contratação e remessa das mercadorias". Alega, ainda, que tese firmada no julgamento do REsp 1.148.444/MG (repetitivo) "não impede que seja reconhecida a má-fé da empresa, desde que apurada pelo Fisco a irregularidade das operações nos termos impostos pela legislação tributária".

A parte agravada apresentou impugnação (e-STJ fls. 879/884).

É o relatório.

AgInt no PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 3.471 - SP (2021/0182284-3)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : IRMAOS MARAFÃO LTDA
ADVOGADOS : JOÃO LUIZ BRANDÃO - SP153097
JULIA LUIZA BRANDAO - SP405417

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. ATRIBUIÇÃO. ICMS. APROVEITAMENTO. NOTA FISCAL INIDÔNEA. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PROVA DOCUMENTAL DA OPERAÇÃO COMERCIAL. SUFICIÊNCIA. CONTRAPROVA. ÔNUS DO FISCO.

1. A tutela provisória pode ser concedida por esta Corte Superior mediante atribuição de efeito suspensivo ou, eventualmente, por antecipação dos efeitos da tutela recursal, devendo haver a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a plausibilidade do direito alegado, consubstanciada na elevada probabilidade de êxito do apelo nobre, e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte.

2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.148/444/MG, Tema Repetitivo n. 272 do STJ, pacificou o entendimento acerca da higidez do aproveitamento de crédito de ICMS realizado pelo comprador de boa-fé quanto a operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais emitidas pela vendedora tenham sido declaradas inidôneas posteriormente, explicitando, ainda, que “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” (REsp 1.148.444/MG, Rel. Ministro Luiz fux, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010).

3. "A demonstração da boa-fé do adquirente, na linha do repetitivo, se dá mediante a apresentação da documentação fiscal inerente à aquisição da mercadoria e que estampe a regularidade da situação do alienante no momento da transação, de modo que, apresentados tais documentos, caberá ao fisco o ônus de provar que a operação registrada nas aludidas notas fiscais não aconteceu, afastando, assim, a presunção de boa-fé da contribuinte" (Rcl 37.081/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 10/04/2019, DJe 23/04/2019).

4. Hipótese em que a Corte de origem, mesmo assentando expressamente que a empresa adquirente apresentou a documentação pertinente à configuração da operação de compra e venda, à realização de pagamentos, à entrada das mercadorias em seu estabelecimento e à consulta ao cadastro do SINTEGRA, concluiu que ela não teria feito a prova da efetiva realização dos negócios, considerando, para tanto, os fatos apurados pela fiscalização, os quais dariam conta da inconsistência quanto à prova da forma do transporte da mercadoria e da ausência de prova por escrito da negociação.

5. *In casu*, não há, no acórdão recorrido, afirmação de que houve má-fé da empresa agravada em participar de eventual conluio para burlar a fiscalização tributária, mas, apenas, de que ela não teria sido diligente o suficiente na realização da operação comercial ao não investigar a real situação da empresa alienante, tarefa que não lhe competia.

6. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Os argumentos ora deduzidos não convencem, devendo ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Os presentes autos cuidam de pedido de tutela provisória de urgência apresentado por IRMÃOS MARAFÃO LTDA. para fins de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, ainda pendente de juízo de admissibilidade, que desafia acórdão do TJSP, assim ementado (e-STJ fls. 777/778):

ACÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. AIIPM nº 4.125.336-0 de 4-7-2019. Receber mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea. Deixar de pagar ICMS devido por substituição tributária. Emissão de notas fiscais por sociedade empresária declarada inidônea. Inexistência de fato do estabelecimento comercial emissor. Multa. Caráter confiscatório. Juros de mora. LE nº 6.374/89, art. 96. LE nº 13.918/09. LE nº 16.497/17 e DE nº 62.761/17.

1. Operações. Veracidade. Prova. A veracidade das operações se divide em dois aspectos: um, a existência da operação mercantil propriamente dita, isto é, a venda e compra e a entrega de determinada mercadoria; e outro, que a documentação fiscal descreva exatamente essa venda e compra. Embora demonstrada a existência da operação mercantil, a documentação fiscal não descreve exatamente o negócio entabulado.

2. Operações. Irregularidades. Ciência da autuada. A empresa declarada inidônea já havia tido a inscrição estadual declarada suspensa quando da realização dos negócios jurídicos com a autora que, por sua vez, não trouxe aos autos documentos que comprovassem as tratativas com representante da empresa e o transporte dos produtos; ainda, não demonstrou cabalmente que os pagamentos foram realizados em favor da sociedade empresária tida por inidônea. Não há comprovação da boa-fé, exigida nos termos da Súmula STJ nº 509.

3. Multa administrativa. Caráter confiscatório. O STF pacificou o entendimento de que a vedação inserida no art. 150, IV da CF alcança a multa moratória e também a multa administrativa, mas sem definir o parâmetro admissível da sanção. Tem-se por certo que a incidência sobre o valor da operação, em especial quando a multa ultrapassa o valor do tributo, destoa da limitação ao poder de tributar. Assim, a multa não poderá ultrapassar o valor do tributo não recolhido, objeto de específica reprovação do Supremo Tribunal Federal.

4. Juros de mora. LE nº 13.918/09. A taxa de juros de mora deve se amoldar ao decidido no incidente de inconstitucionalidade nº 0170909- 61.2012.8.26.0000, Órgão Especial, 27-2-2013, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, não podendo exceder aquela utilizada pela União para os mesmos fins, que no momento é taxa Selic, a teor do art. 13 da LF nº 9.065/95. No caso, o AIIPM nº 4.125.336-0 em 4-7-2019, já

na vigência da LE nº 16.497 de 18-7-2019, que alterou o art. 96 da LE nº 6.374/89, passando a prever que “a taxa de juros de mora é equivalente: 1. por mês, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente”. Por sua vez, o DE nº 62.761 de 4-8-2017, que regulamentou a matéria, reproduziu o disposto no art. 96, § 1º, I da LE nº 6.374/89, com redação dada pela LE nº 16.497/17, prevendo a vigência do dispositivo a partir de 1-11-2017 (art. 7º). A autora não impugnou a aplicação da LE nº 16.497/2017 e do DE nº 62.761/2107, nem há demonstração contábil da aplicação de juros moratórios inconstitucionais.

Procedência. Recurso do Estado provido, limitada a multa ao valor do tributo.

No apelo raro, a empresa indica, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 23 da Lei Complementar n. 87/1996 e contrariedade à Súmula 509 do STJ. Sustenta, em resumo, que, de acordo com o precedente qualificado formado no julgamento do REsp 1.148.444/MG, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, estaria caracterizada a boa-fé do comprador das mercadorias cujas notas fiscais emitidas pelo vendedor foram posteriormente declaradas inidôneas, quando comprovada a veracidade das operações mercantis, a declaração posterior de inidoneidade dos documentos fiscais e a demonstração de que o comprador, na celebração do negócio jurídico, exigiu a documentação necessária à assunção da regularidade da empresa vendedora, sendo que, no caso, teriam sido preenchidos todos esses requisitos, motivo pelo qual deveria ser reconhecida a higidez do creditamento de ICMS e, conseqüentemente, a nulidade do auto de infração.

Na presente petição, a requerente defende a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso especial para que sejam suspensos os atos executórios relativos ao tributo em questão, em especial a ordem de protesto da CDA n. 1295155979 já emitida ou, ainda, os efeitos deste (protesto). Oferece, como caução, veículo de sua propriedade.

Assevera que o perigo da demora consistiria nas consequências do ato de protesto da CDA, que traria risco irreparável de dano “ao seu nome perante a sociedade, às relações jurídicas e de sofrer constrições e diminuição de seu patrimônio de forma ilegal” (e-STJ fl. 8 – grifos no original).

Por fim, afirma, “como meio de garantir a reversibilidade da medida cautelar de sustação do protesto em nome da Empresa Recorrente, apresentamos neste ato o bem: Veículo VW:9.170 DRC4x2. Ano Fabricação: 2018. Ano Modelo:2019. Chassi 9535H5TBKR921753. Cor: Branco, no valor de R\$152.000,00” (e-STJ fl. 9).

Aberto prazo para juntada de peça essencial, o vício foi sanado às e-STJ fls. 840/844.

Esse é o breve histórico processual desse incidente, até o momento.

Consoante pacífica orientação jurisprudencial, a instância excepcional apresenta-se inaugurada tão somente após o exercício do juízo de admissibilidade pelo Tribunal de origem sobre o recurso especial ou recurso extraordinário interposto, nos termos das Súmulas 634 e 635 do STF, aplicáveis por analogia.

Nesse sentido: AgInt no TP 2.616/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 10/06/2020; AgRg na MC

22.665/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 15/08/2014; AgRg na MC 13.100/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 05/10/2007, p. 245.

Todavia, excepcionalmente, nas hipóteses em que demonstrada flagrante ilegalidade ou teratologia manifesta no acórdão combatido, é viabilizada a mitigação desse posicionamento a possibilitar a concessão da tutela provisória.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EFEITO SUSPENSIVO. TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE EXAME. PLAUSIBILIDADE DE SUCESSO. INEXISTÊNCIA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo 3).
2. Apenas em caráter excepcionalíssimo, a jurisprudência do STJ vem admitindo a análise direta do pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de exame de admissibilidade, quando evidenciada a manifesta contrariedade do acórdão recorrido com o entendimento desta Corte Superior, o que enseja a forte probabilidade de êxito do recurso especial e o inequívoco perigo da demora.
- (...) 4. Agravo interno não provido (AgInt na Pet 13.233/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2021, DJe 17/02/2021). (Grifos acrescidos).

Dito isso, cumpre salientar que a concessão da tutela provisória de urgência, seja de caráter cautelar ou satisfativa (antecipatória), pressupõe a demonstração da probabilidade de reconhecimento do direito alegado (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano (*periculum in mora*) ou, ainda, do risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/2015).

Assim, tem-se que a tutela provisória pode ser concedida por esta Corte Superior mediante atribuição de efeito suspensivo ou, eventualmente, por antecipação dos efeitos da tutela recursal, devendo haver a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a plausibilidade do direito alegado, consubstanciada na elevada probabilidade de êxito do apelo nobre, e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte.

Nesse juízo perfunctório e provisório, vislumbro o preenchimento cumulativo dos requisitos para a concessão da tutela de urgência ora vindicada.

A Corte local, ao dar provimento à apelação da edilidade, julgou improcedente a ação anulatória de débito fiscal, ao fundamento de que, na linha da tese jurídica firmada no REsp 1.148.444/MG, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, e da Súmula 506 do STJ, o comprador de boa-fé poderá aproveitar os créditos de ICMS oriundos de nota fiscal emitida pelo vendedor, posteriormente declarada idônea, nos casos em que houver comprovação da operação de compra e venda, sendo da autora o ônus de demonstrar a efetiva realização da transação mercantil.

Registrou, quanto à comprovação de veracidade das operações, o seguinte (e-STJ fls. 782/785):

Operações. Veracidade. Prova. A veracidade da compra e venda se divide em dois aspectos: um, a existência da operação mercantil, isto é, a venda e compra e a entrega de determinada mercadoria; e outro, que a documentação fiscal descreva exatamente essa venda e compra.

O primeiro aspecto é entrevisto nos autos. A autuação envolve seis notas fiscais, todas emitidas pela ARC Indústria de Alimentos Ltda.: (a) NF nº 919 e 920, ambas emitidas em 17-12-2014, que acobertaram a compra de leite UHT pelos valores de R\$-1.238,25 e R\$-39.909,69, sendo que a primeira referia-se a remessa de mercadoria em bonificação (fls. 59/60); (b) NF nº 960, emitida em 26-12-2014, que acobertou a compra de leite UHT pelo valor de R\$- 39.820,58 (fls. 61); (c) NF nº 1.073, emitida em 23-01-2015, que acobertou a compra de leite UHT pelo valor de R\$-39.289,64 (fls. 62); (d) NF nº 1.119, emitida em 2-2-2015, que acobertou a compra de leite UHT no valor de R\$- 42.563,76; (e) NF nº 1.261, emitida em 3-3-2015 que acobertou a compra de leite UHT no valor de R\$-46.457,35 (fls. 64).

A existência dos negócios propriamente ditos, isto é, as vendas e compras de leites UHT, está suficientemente demonstrada nos autos: há comprovação da realização dos pagamentos (fls. 72/75, 78, 82, 92/94, 98, 102, 112, 115, 121/122) e a entrada das mercadorias em seu estabelecimento comercial por meio de consulta ao lançamento de estoque e registro de entradas, embora juntado apenas ao que se refere ao período de 1-12-2014 a 31-1-2015 (fls. 70, 87, 106, 119, 126, 129, 136/137, 145/146). O segundo aspecto é mais delicado e exige análise cuidadosa. A boa-fé capaz de afastar a autuação não se prova apenas pela consulta ao cadastro no SINTEGRA (fls. 159) e pelo fato da empresa emitente estar autorizada a emitir nota fiscal, tampouco pela existência da operação mercantil; decorre da comprovação de que a operação ocorreu nos exatos termos em que escriturada e, em assim não sendo, que a autuada desconhecia ou não tinha condições de conhecer as irregularidades que permeavam a fornecedora, nem concorreu de alguma forma para que a operação irregular se concretizasse.

Anoto, a este respeito, que a autuação foi lavrada em razão (i) do recebimento de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, eis que as notas fiscais emitidas para acobertar as operações foram declaradas inidôneas, pois a emitente é empresa cuja inscrição estadual teve a declaração de nulidade publicada em 31-10-2018 (fls. 359), e (ii) do não recolhimento do imposto na operação de substituição tributária, de mercadorias advindas da mesma empresa tida por simulada; ou seja, a comprovação da entrada das mercadorias no estabelecimento da autora, por si só, é incapaz de ensejar a anulação do auto de infração, pois outros foram os motivos da autuação. (Grifos acrescidos).

No tópico seguinte, referente à ciência da autuada em relação à irregularidade das operações, adotou essa motivação (e-STJ fls. 784/785):

Operações. Irregularidades. Ciência da autuada. Em 9-6-2014, a Equipe 23 da Delegacia Regional Tributária de Sorocaba DRT/4, ao cumprir diligência determinada em razão da existência de indícios de possível emissão de notas fiscais irregulares, constatou que a empresa ARC Indústria de Alimentos Ltda ME não se encontrava em atividades no local declarado, havendo apenas uma grande área de terraplenada cercada e sem qualquer construção; a situação cadastral foi bloqueada preventivamente, com a situação cadastral considerada 'suspensa' (fls. 294/295, 316); nova diligência realizada em 6-1-2016 constatou haver a construção de um galpão em andamento (fls. 304); outra foi realizada em 12-1-2018, na qual se verificou que a obra estava parada e não havia pessoas no local (fls. 305/306); em 17-4-2018, conforme informações de vizinhos, apurou-se que nunca alguma empresa havia exercido atividades naquele local (fls. 314); o estabelecimento foi considerado inexistente a partir de 26-11-2013 e em 5-6-2018, foi determinada a cassação da eficácia da inscrição estadual da A RC (fls. 316, 319).

De acordo com as investigações do Fisco, as operações que ocorreram no período de dezembro de 2014 a março de 2015 referem-se à época em que a inscrição

estadual da empresa emitente ARC Industria de Alimentos Eireli já se encontrava bloqueada (fls. 300/301); constam nas notas fiscais que os serviços de transportes ocorriam por conta do destinatário, não havendo qualquer detalhe sobre o transporte em si nos documentos (fls. 59/64); no entanto, a autuada afirmou que o transporte foi efetuado pelo emitente por meio de veículo próprio (fls. 66, item 1.3), havendo contradição nas informações. Instada a esclarecer as circunstâncias que permearam os negócios, a autora pouco fez; afirmou ter negociado com Marcelo Fernando Lopes, representante da empresa fornecedora, via telefone e que, "(...) o Sr.

Marcelo representa outras empresas que são nossos fornecedores ao longo de vários anos. Por ser uma pessoa que gozava de nossa confiança, não documentamos a negociação por escrito" (fls. 66). Assim, não trouxe aos autos um único documento capaz de comprovar as tratativas, como e-mail, fax ou carta. Por fim, anota-se que os boletos bancários foram pagos a cedentes pessoas jurídicas diversas, apenas constando a empresa ARC como sacador avalista (fls. 72/73, 92/94, 121). Em suma, não há comprovação suficiente de que os leites UHT foram de fato vendidos pela emissora das notas fiscais.

7. A autora tinha condições de saber das irregularidades que envolveram as operações comerciais objeto destes autos, mas não foi minimamente diligente, como se depreende da forma como a negociação foi realizada, apenas com a consulta do empresa no SINTEGRA e sem qualquer documentação das tratativas das operações; acresce, como acima observado, que há divergência de informações quanto à forma de realização do transporte, se realizado por conta de destinatária ou pela própria empresa emitente. Não se trata de fiscalizar o outro contribuinte, mas de tomar as cautelas necessárias em qualquer negociação para legitimidade do próprio negócio jurídico. A prova dos autos não permite concluir pela boa-fé da autora, nem lhe aplicar o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.148.444-MG e na Súmula STJ nº 509. Neste cenário, a manutenção da autuação é medida de rigor. (Grifos acrescidos).

Pois bem.

Do quadro fático-probatório delineado pela Corte local, é possível extrair que a ora requerente logrou demonstrar a existência da operação mercantil, a realização dos pagamentos, a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, a consulta da regularidade da empresa vendedora no SINTEGRA e a autorização desta última para emitir nota fiscal.

Porém, ainda de acordo com o explicitado no acórdão recorrido, a compradora autora teria deixado de comprovar a forma de transporte da mercadoria até seu estabelecimento, além de não ter apresentado provas por escrito da negociação.

Foi diante desse panorama que se concluiu pelo creditamento indevido de ICMS e, conseqüentemente, pela manutenção do auto de infração.

Ponderados esses elementos, tenho por demonstrada a plausibilidade da pretensão deduzida no recurso especial.

Com efeito, essa Corte Superior, por meio do julgamento do REsp 1.148/444/MG, Tema Repetitivo n. 272 do STJ, pacificou o entendimento acerca da higidez do aproveitamento de crédito de ICMS realizado pelo comprador de boa-fé quanto a operações de circulação de mercadorias cujas notas fiscais emitidas pela vendedora tenham sido declaradas inidôneas posteriormente, explicitando, ainda, que "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” (REsp 1148444/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010).

Nessa perspectiva, para fazer jus ao creditamento, compete ao adquirente demonstrar a sua boa-fé e isso se dá mediante a apresentação da documentação fiscal inerente à aquisição da mercadoria que estampe a regularidade da situação do alienante no momento da transação.

Apresentados tais documentos, caberá ao fisco o ônus de provar que a operação registrada nas aludidas notas fiscais não aconteceu, afastando, assim, a presunção de boa-fé da contribuinte.

Ou seja, não é possível exigir da empresa adquirente que investigue a situação fiscal de empresa fornecedora, sobretudo no presente caso, em que no momento da realização do negócio a vendedora encontrava-se em situação regular perante o fisco.

Nesse sentido, o seguinte julgado da 1ª Seção:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECLAMAÇÃO. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.148.444/MG. NÃO OBSERVÂNCIA. ICMS. CREDITAMENTO. NOTAS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. BOA-FÉ DA EMPRESA ADQUIRENTE. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

1. É cabível reclamação para garantir a observância de precedente formado em julgamento de recurso especial repetitivo, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Inteligência do art. 988, § 5º, do CPC.

2. Exaurida a instância recursal ordinária com o julgamento do agravo interno a que se refere o art. 1.030, § 2º, do CPC, esse é o julgado cuja validade será o objeto de análise desta reclamação e de eventual juízo de cassação tendente a dar a correta destinação do recurso especial obstado na origem.

3. O voto condutor do acórdão do REsp repetitivo n. 1.148.444/MG, da lavra do em. Luiz Fux, consignou que "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 a venda efetuada [...] 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".

4. A demonstração da boa-fé do adquirente, na linha do repetitivo, se dá mediante a apresentação da documentação fiscal inerente à aquisição da mercadoria e que estampe a regularidade da situação do alienante no momento da transação, de modo que, apresentados tais documentos, caberá ao fisco o ônus de provar que a operação registrada nas aludidas notas fiscais não aconteceu, afastando, assim, a presunção de boa-fé da contribuinte.

5. No presente caso, o acórdão da apelação, equivocando-se quanto à distribuição do ônus probatório, adotou o entendimento de que, muito embora a contribuinte tenha apresentado a documentação que estava à sua disposição e que comprova a entrada "formal" das mercadorias adquiridas em seu estabelecimento, inclusive com juntada dos respectivos comprovantes de pagamento, em razão dos fatos apurados pelo fisco em relação à empresa alienante, os quais indicariam que ela estaria inativa em momento anterior às transações realizadas com a reclamante, concluiu que a contribuinte não se desincumbiu de provar a efetiva realização dos negócios que ensejaram o creditamento do ICMS.

6. Com a juntada da documentação pertinente às entradas das mercadorias que ensejaram o creditamento de ICMS, a reclamante produziu a prova que estava ao seu alcance para demonstrar a condição de adquirente de boa-fé, de modo a inverter o ônus da prova, competindo ao fisco comprovar objetivamente que não ocorreu o fato registrado por tais documentos fiscais, sendo certo que a apuração da inatividade da alienante pode servir para respaldar a declaração de inidoneidade desse fornecedor, mas, por si só, não é apta a infirmar a existência do negócio informado nas notas fiscais e, por conseguinte, afastar a boa-fé da adquirente.

7. Hipótese em que deve ser cassado o acórdão reclamado que negou seguimento ao recurso especial (art. 1.030, I, "b", do CPC) e, em substituição, determinado que os autos do processo principal retornem à 9ª Câmara de Direito Público, para que proceda ao juízo de conformação (art. 1.030, II, do RISTJ) com o precedente obrigatório formado no julgamento no REsp repetitivo n. 1.148.444/MG, ocasião em que o Órgão fracionário deverá verificar se o fisco produziu a prova idônea de que não ocorreram as operações mercantis informadas nas notas fiscais de entrada anexadas pela contribuinte.

8. Reclamação julgada procedente (Rcl 37.081/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 23/04/2019).

A propósito, essa linha de pensamento também foi adotada pela Primeira Seção no julgamento do EREsp 1.657.359/SP, mas em relação ao vendedor de boa-fé em operações interestaduais.

Veja-se:

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR. BOA-FÉ. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE.

1. A empresa vendedora de boa-fé que, mediante a apresentação da documentação fiscal pertinente e a demonstração de ter adotado as cautelas de praxe, evidencie a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, afastando, assim, a caracterização de conduta culposa, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em razão de a mercadoria não ter chegado ao destino declarado na nota fiscal, não sendo dela exigível a fiscalização de seu itinerário.

2. A despeito da regularidade da documentação, se o fisco comprovar que a empresa vendedora intencionalmente participou de eventual ato infracional (fraude) para burlar a fiscalização, concorrendo para a tredestinação da mercadoria (mediante simulação da operação, por exemplo), poderá ela, naturalmente, ser responsabilizada pelo pagamento dos tributos que deixaram de ser oportunamente recolhidos.

3. Hipótese em que o acórdão estadual, por entender que a responsabilização da empresa vendedora independeria de sua boa-fé, deve ser cassado, para que, em novo julgamento da apelação, decida a questão à luz da existência ou não desse elemento subjetivo.

4. Embargos de divergência providos. (EResp 1657359/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018).

No caso dos autos, como visto, o acórdão da apelação, mesmo assentando expressamente que a empresa adquirente apresentou a documentação pertinente à configuração da operação de compra e venda, à realização de pagamentos, à entrada das mercadorias em seu estabelecimento e à consulta ao cadastro do SINTEGRA, concluiu que ela não teria feito a prova da efetiva realização dos negócios, considerando, para tanto, os fatos apurados pela fiscalização, os quais dariam conta da inconsistência quanto à prova da forma do transporte da mercadoria e da ausência de prova por escrito da negociação.

Superior Tribunal de Justiça

Percebe-se, assim, claro equívoco na distribuição do ônus probatório.

Com a juntada da documentação pertinente, a requerente produziu as provas que estavam ao seu alcance para demonstrar a condição de adquirente de boa-fé. Realizada essa diligência, nos termos da conclusão da Primeira Seção no referido repetitivo, inverte-se o ônus da prova, competindo ao fisco comprovar objetivamente que não ocorreu o fato registrado por tais documentos fiscais.

Acresço, por oportuno, que o acórdão recorrido não afirmou que houve má-fé da empresa agravada em participar de eventual conluio para burlar a fiscalização tributária, mas que ela não teria sido diligente o suficiente na realização da operação comercial ao não investigar a real situação da empresa alienante, tarefa que, conforme acima explicitado, não lhe competia.

Nesse contexto, ganha importância a alegação de que ficou configurada a divergência jurisprudencial, nos termos da alínea "c" do permissivo constitucional.

Identifico, também, a presença do *periculum in mora*, pois, consoante demonstrado pela requerente, o fisco estadual já emitiu ordem de protesto (e- STJ fl. 16), sendo certo que tal medida poderia dificultar o exercício da atividade empresarial.

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, tenho que o presente inconformismo não representa interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente, a ensejar, por decisão unânime do Colegiado, a multa processual prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no TP 3.471 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2021/0182284-3

Número de Origem:

1000708448015 10053517320198260291

Sessão Virtual de 02/08/2022 a 08/08/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : IRMAOS MARAFÃO LTDA

ADVOGADOS : JOÃO LUIZ BRANDÃO - SP153097

JULIA LUIZA BRANDAO - SP405417

REQUERIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : MICHELLE NAJARA APARECIDA SILVA - DF059721

AGRAVADO : IRMAOS MARAFÃO LTDA

ADVOGADOS : JOÃO LUIZ BRANDÃO - SP153097

JULIA LUIZA BRANDAO - SP405417

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 02/08/2022 a 08/08/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 09 de agosto de 2022