



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2009192 - SP (2022/0051958-7)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA PACHECO BASTOS DOS SANTOS - SP153469
AGRAVADO : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
MILTON DOTTA NETO - SP357669
AURÉLIO LONGO GUERZONI - SP316073
NICOLE GRIECO - SP358380
BIANCA SAMPAIO DE OLIVEIRA - BA054497

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 APLICABILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. CREDITAMENTO. COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FORMATO DOS ARQUIVOS APRESENTADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o agravo interno.

II – Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal nos quais se questiona a cobrança de créditos de ICMS/ST referentes a suposto creditamento indevido, lastreado na apresentação de informações constantes de arquivos magnéticos prestadas em formato distinto ao previsto na portaria que regulamenta o pedido de ressarcimento do tributo por vendas realizadas com preço menor que a base de cálculo presumida.

III – O direito à restituição do ICMS/ST via creditamento assegurado na lei local não se confunde com eventual descumprimento de obrigação acessória referente à eventual inobservância de especificidade técnica prevista em portaria para o formato dos arquivos magnéticos a serem enviados com as informações das operações correspondentes, que, quando muito, poderia ensejar a aplicação de multa isolada.

IV – A decisão que deu provimento ao recurso especial do contribuinte, a fim de determinar o retorno do autos à origem, deve ser mantida, para que a Corte *a quo* reexamine o recurso de apelação, levando em consideração as provas produzidas com a finalidade de demonstrar a alegada existência dos créditos de ICMS/ST informados no arquivo digital, objeto da glosa que ensejou a autuação fiscal impugnada.

VI – Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII – Agravo Interno improvido.

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 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 06 de março de 2023.

REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2009192 - SP (2022/0051958-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA PACHECO BASTOS DOS SANTOS - SP153469
AGRAVADO : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
MILTON DOTTA NETO - SP357669
AURÉLIO LONGO GUERZONI - SP316073
NICOLE GRIECO - SP358380
BIANCA SAMPAIO DE OLIVEIRA - BA054497

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 APLICABILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. CREDITAMENTO. COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FORMATO DOS ARQUIVOS APRESENTADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o agravo interno.

II – Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal nos quais se questiona a cobrança de créditos de ICMS/ST referentes a suposto creditamento indevido, lastreado na apresentação de informações constantes de arquivos magnéticos prestadas em formato distinto ao previsto na portaria que regulamenta o pedido de ressarcimento do tributo por vendas realizadas com preço menor que a base de cálculo presumida.

III – O direito à restituição do ICMS/ST via creditamento assegurado na lei local não se confunde com eventual descumprimento de obrigação acessória referente à eventual inobservância de especificidade técnica prevista em portaria para o formato dos arquivos magnéticos a serem enviados com as informações das operações correspondentes, que, quando muito, poderia ensejar a aplicação de multa isolada.

IV – A decisão que deu provimento ao recurso especial do contribuinte, a fim de determinar o retorno do autos à origem, deve ser mantida, para que a Corte *a quo* reexamine o recurso de apelação, levando em consideração as provas produzidas com a finalidade de demonstrar a alegada existência dos créditos de ICMS/ST informados no arquivo digital, objeto da glosa que ensejou a autuação fiscal impugnada.

VI – Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII – Agravo Interno improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO** contra a decisão monocrática de minha lavra que conheceu do Recurso Especial e lhe deu provimento para, reformando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos, a fim de que o tribunal de origem reexamine o recurso de apelação, considerando, efetivamente, as provas produzidas com a finalidade de demonstrar a alegada existência dos créditos de ICMS/ST informados no arquivo digital enviado pelo contribuinte os quais foram objeto da glosa que ensejou a autuação fiscal impugnada.

Sustenta a Agravante, em síntese, o seguinte (fls. 1.159/1.160e):

Assim, determinar o retorno dos autos para a apreciação de prova, que a agravada alega que não foram oportunamente produzidas a despeito de seu requerimento, não é possível, pois foram produzidas as provas por ela solicitadas e oportunizado em mais de um momento no iter processual a apresentação das provas, o que não foi feito por exclusiva omissão da parte interessada.

Por outro lado, se a determinação de retorno dos autos para reapreciar os documentos apresentados “considerando, efetivamente, as provas produzidas” possuir o intuito de que sejam considerados válidos os valores indicados nos documentos juntados pela autuada, a decisão estaria revolvendo as provas dos autos (óbice da Súmula nº 7/STJ), visto que a Corte de origem, com fundamento nas conclusões periciais, entendeu que esses valores são contraditórios com as próprias declarações tributárias do contribuinte, sendo, portanto, inválidos para comprovar a regularidade do creditamento glosado.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada e determinado o processamento do Recurso Especial ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do colegiado.

Impugnação às fls. 1.166/1.173e.

É o relatório.

VOTO

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o agravo interno.

Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal nos quais se questiona a cobrança de créditos de ICMS referentes a suposto creditamento indevido.

Na sentença, restou decidido que “[...] não se trata de autuação com base em presunção, mas em ausência de prova idônea do direito ao creditamento. E a

ausência de prova cabal dos créditos utilizados evidencia que não houve mero descumprimento de obrigação acessória, mas também de obrigação principal, pelo não pagamento do imposto relativo a estes créditos não comprovados. Daí a regularidade da autuação" (fl. 714/715e).

Nas razões do recurso de apelação, a ora Recorrente sustentou (fls. 806/807e):

[...] a impossibilidade de cobrança do tributo por mera presunção, pois está sendo exigido ICMS por suposto creditamento indevido com base apenas na pretensa falta de entrega dos arquivos magnéticos. Em outras palavras, a falta de entrega na forma e prazo exíguos e desarrazoados implicaria na presunção de que a Embargante não teria praticado as operações que dariam direito ao ressarcimento, o que não pode prevalecer sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade. Além disso, o descumprimento de obrigação acessória dá margem a punição por este ato, e não à exigência do tributo, que não pode ser equiparado a uma sanção por ato ilícito.

Ainda, se efetivamente analisadas as informações prestadas pela embargante, a conclusão é de que não teria ocorrido inadimplemento do imposto. Os documentos impressa em CD-ROM) (amostragem ou arquivos constantes relatam, mês a mês e operação por operação, todas as entradas e saídas de produtos sujeitos à substituição tributária, viabilizando a comprovação de origem dos valores ressarcidos mensalmente e permitindo ao Fisco o controle dos números lançados nas GIA's, tanto que o próprio agente fiscal, da apreciação desses documentos, constatou, ao menos em parte, valores a que a empresa teria direito ao creditamento. Consequentemente, não haveria razão para desconsiderá-los em sua integralidade. A FESP ignorou que os créditos foram apurados pela empresa desde 1999, pois estes podem ser utilizados a qualquer tempo, sendo esta a razão pela qual a autora apresentou demonstrativos que comprovam um valor maior que o inicialmente levado a crédito nas GIA's.

O tribunal de origem assentou que (fls. 814/815e):

[...] quanto à valoração das provas no processo, aplica-se o princípio do livre convencimento, cabendo ao magistrado determinar a produção de novas provas ou sua complementação somente se necessárias à formação de sua convicção, o que não ocorreu, vez que a prova documental anexada aos autos bastou para a apreciação do mérito, pelo d. magistrado prolator, que ao exarar sua sentença externou sua convicção sobre os fatos narrados na inicial.

Entretanto, a Corte a quo confirmou a sentença, na qual se concluiu que [...] não se trata de autuação com base em presunção, mas em ausência de prova idônea do direito ao creditamento. E a ausência de prova cabal dos créditos utilizados evidencia que não houve mero descumprimento de obrigação acessória, mas também de obrigação principal, pelo não pagamento do imposto relativo a estes créditos não comprovados. Daí a regularidade da autuação" (fl. 714/715e).

Este Superior Tribunal tem posicionamento consolidado segundo o qual

configura cerceamento de defesa o procedimento adotado pelo magistrado que julga improcedente o pedido por falta de comprovação sem oportunizar à parte provar o direito alegado.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PROVAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CONCLUSÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVAS A AMPARAR A PRETENSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte configura cerceamento de defesa o procedimento adotado pelo magistrado que indefere o pedido de produção de provas oportunamente especificadas e, na sequência, julga improcedente o pedido exatamente por falta de comprovação do alegado (AgInt no AREsp 1406156/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2021, DJe 01/07/2021, dentre outros precedentes).

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.190.268/SP, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do Trf5), Primeira Turma, julgado em 12/9/2022, DJe de 14/9/2022);

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURADO. MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - O aresto recorrido destoa da jurisprudência desta Corte segundo a qual, embora caiba ao magistrado avaliar a pertinência da produção de determinada prova, configura cerceamento de defesa o julgamento da lide rejeitando os pedidos da parte, justamente por insuficiência de lastro probatório da pretensão.

III - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.959.207/SP, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021.)

No caso, a autuação fiscal está fundada em creditamento indevido de ICMS lastreada na apresentação de informações constantes de arquivos magnéticos prestadas em formato distinto ao previsto na portaria que regulamenta o pedido de ressarcimento de ICMS/ST por vendas realizadas com preço menor que a base de

cálculo presumida.

A empresa embargante alega, dentre outras questões, que, a despeito da discussão acerca do formato das constantes dos arquivos magnéticos apresentados, seria possível comprovar por meio de perícia contábil que esses arquivos tinham condições de ser analisados e que as suas informações comprovariam a existência dos créditos extemporâneos de ICMS/ST aproveitados.

Não obstante a possibilidade do indeferimento na via administrativa, à vista da sua vinculação à legislação de regência, o princípio da inafastabilidade da jurisdição assegura à parte a possibilidade de comprovar o direito vindicado por esse mesmo documento e por outros meios de prova.

Os embargos à execução fiscal são a via adequada para o devedor "alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas" (art. 16, § 2º, da Lei n. 6.830/1980).

Ressalte-se que o direito à restituição do ICMS/ST via creditamento assegurado na lei local não se confunde com eventual descumprimento de obrigação acessória referente à eventual inobservância de especificidade técnica prevista em portaria para o formato dos arquivos magnéticos a serem enviados com as informações das operações correspondentes, que, quando muito, poderia ensejar a aplicação de multa isolada.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO DE ICMS. GLOSA. EXAME DO DIREITO. ÂMBITO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. EXISTÊNCIA.

1. "No sistema jurídico brasileiro, a coisa julgada administrativa em desfavor do particular não o impede de socorrer-se do Poder Judiciário, dada a garantia constitucional referente à inafastabilidade de Jurisdição" (AgInt no REsp 1459326/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 16/05/2017).

2. A glosa de créditos de ICMS levada a efeito pelo fisco em razão de vício formal (in casu, relativo ao formato das informações prestadas por meio magnético) não impede a alegação e a comprovação pelo contribuinte de regularidade desse creditamento no âmbito judicial.

3. Hipótese em que, com o julgamento antecipado da lide, foi negado à empresa contribuinte o direito à produção de prova pericial do direito vindicado, estando caracterizada a nulidade processual por cerceamento de defesa.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.839.355/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/10/2021, DJe de 22/10/2021)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 111 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. TRIGO DA ARGENTINA. ACORDO COMERCIAL INTERNACIONAL (MERCOSUL). ERROS DE

NATUREZA FORMAL.

1. O tema inserto no artigo 111 do Código Tributário Nacional não foi objeto de debate pela Corte regional. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. O mero fato de o importador apresentar nota fiscal retificadora de outra, não descaracteriza a operação como beneficiada pela alíquota zero, porquanto o trigo importado é efetivamente egresso da Argentina, signatária do MERCOSUL.

3. O erro de natureza formal já retificado Pelo importador até poderia ensejar correspondente penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, Porém, não possui o condão de afastar a redução do imposto de importação de 10% para 0% previsto no Acordo de Complementação Económica nº 18, celebrado pelo Brasil no contexto do MERCOSUL, ou seja, de tornar exigível tributo não devido. 4. Recurso especial improvido."

(REsp 577056/AL, Rei. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2005, DJ 01/10/2006, p. 480)

Nesse cenário, impõe-se o provimento do recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos, a fim de que o tribunal de origem reexamine o recurso de apelação, considerando, efetivamente, as provas produzidas com a finalidade de demonstrar a alegada existência dos créditos de ICMS/ST informados no arquivo digital enviado pelo contribuinte os quais foram objeto da glosa que ensejou a autuação fiscal impugnada.

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

No que se refere à aplicação do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, a orientação desta Corte é no sentido de que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a imposição da multa, não se tratando de simples decorrência lógica do não provimento do recurso em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso. Nessa linha: Corte Especial, AgInt nos EAREsp n. 1.043.437/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, j. 13.10.2021; e 1ª S., AgInt nos EREsp n. 1.311.383/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, j. 14.09.2016.

Apesar do improvimento do recurso, não restou configurada a manifesta inadmissibilidade, razão pela qual afasto a apontada multa.

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo Interno



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AgInt no REsp 2.009.192 / SP

Número Registro: 2022/0051958-7

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

02146342820118260100 0214634282011826010050000 0896058387 1021698706 2146342820118260100
214634282011826010050000 896058387

Sessão Virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023

Relator do AgInt no AgInt

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO

ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452

PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916

MILTON DOTTA NETO - SP357669

AURÉLIO LONGO GUERZONI - SP316073

NICOLE GRIECO - SP358380

BIANCA SAMPAIO DE OLIVEIRA - BA054497

RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : LUCIANA PACHECO BASTOS DOS SANTOS - SP153469

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - DÍVIDA ATIVA (EXECUÇÃO FISCAL)

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : LUCIANA PACHECO BASTOS DOS SANTOS - SP153469

AGRAVADO : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO

ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452

PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916

MILTON DOTTA NETO - SP357669

AURÉLIO LONGO GUERZONI - SP316073

NICOLE GRIECO - SP358380

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 07 de março de 2023