AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.453.325 - SP (2019/0047496-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	BEBIDAS POTY LTDA.
ADVOGADOS	:	EGBERTO GONÇALVES MACHADO - SP044609 MARCOS ANTÔNIO RUSSO E OUTRO(S) - SP126185
AGRAVADO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	LUCIANO PUPO DE PAULA - SP099898 MAURO FILETO - SP073281

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por BEBIDAS POTY LTDA., em 23/07/2018, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

> "TRIBUTÁRIO - AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA FUNDAMENTADO NO CREDITAMENTO DE ICMS REFERENTE À AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ACOMPANHADAS DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESA DECLARADA INIDÔNEA POSTERIORMENTE ÀS OPERAÇÕES - PRETENSÃO À ANULAÇÃO DO AIIM - A autora não comprovou o pagamento e o transporte das mercadorias, o que não lhe confere a boa-fé necessária a validar o creditamento do ICMS efetuado Subsistência do Auto de Infração e Imposição de Multa Entendimento consolidado do C. STJ sob o rito do art. 543-C do CPC Sentença de procedência reformada Apelo provido, revogada a antecipação de tutela concedida na sentença" (fl. 546e).

Opostos Embargos Declaratórios (fls. 587/588e), restaram acolhidos, sem efeitos infringentes, para correção de erro material (fls. 597/599e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **c,** da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta dissídio jurisprudencial, sustentando, em síntese, o entendimento de que "a boa-fé é presumida e a má-fé é que depende de prova a cargo da Fazenda" (fl. 560e).

Ao final, "requer aos Eméritos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que se dignem a DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, PARA REFORMAR O V. ACÓRDÃO, RESTABELECENDO-SE A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO ANULATÓRIA inicialmente determinada, invertendo-se os ônus sucumbenciais" (fl. 576e).

Contrarrazões a fls. 607/617e.

Inadmitido o Recurso Especial (fl. 623e), foi interposto o presente Agravo (fls. 626/652e).

Contraminuta a fls. 659/661e.

A irresignação não merece conhecimento.

Da simples leitura das razões recursais, verifica-se que a parte recorrente não indicou, com precisão e objetividade, de forma clara e individualizada, como lhe competia, o dispositivo legal em relação ao qual teria sido dada a alegada interpretação divergente, o que caracteriza ausência de técnica própria indispensável à apreciação do Recurso Especial.

Ora, também no Recurso Especial fundamentado na alínea **c** do permissivo constitucional, a falta de particularização dos dispositivos legais, impossibilita seu conhecimento, pois que indispensável que tenham os acórdãos - recorrido e paradigma - examinado as questões sob o enfoque do mesmo dispositivo de lei federal.

Diante desse quadro, tem incidência, por analogia, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Confira-se:

> "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO ARTIGO VIOLADO. SÚMULA N° 284 DO STF. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. SÚMULA 07 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. **O conhecimento do recurso especial interposto com fundamento na alínea 'c' do permissivo constitucional exige, além da demonstração analítica do dissídio jurisprudencial, a indicação dos dispositivos supostamente violados ou objeto de interpretação divergente. Súmula 284 do STF.**
> (...)
> 3. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1610194/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 02/02/2017).
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. SÚMULA 284/STF. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE FORMALISMO. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1. **Nos termos da consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a ausência de particularização dos dispositivos legais supostamente violados, mesmo em se tratando de recurso especial fundado exclusivamente na divergência pretoriana, caracteriza deficiência na fundamentação, incidindo, no caso, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.**

2. De notar que a 'lei estabelece pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do recurso e, portanto, cabe à parte formulá-lo em estrito cumprimento à lei, não se constituindo tais exigências em formalismo exacerbado' (AgRg no Ag 1.156.112/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 28/10/09). 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 1.249.651/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/02/2014).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **ALÍNEA 'C' DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O QUAL SUPOSTAMENTE RECAI A CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA.** IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DISSÍDIO COM JULGADOS DO STF. PRECEDENTES. AÇÃO DE COBRANÇA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ACORDO FIRMADO. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. TRANSAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. IMPOSSIBILIDADE.
1. **É impossível conhecer do especial interposto com fundamento na alínea 'c' do permissivo constitucional, pois, mesmo nestes casos, é necessária a indicação do dispositivo da legislação infraconstitucional federal sobre o qual recai a divergência, sob pena de atração da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia (fundamentação deficiente)**.
(...)
9. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, não provido" (STJ, REsp 1.198.424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/04/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **ALÍNEA A. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO DE LEI TIDO POR VIOLADO. INADMISSÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 284 DO STF**. MATÉRIA PACIFICADA NA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168 DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO.
1. **É imprescindível a indicação expressa do dispositivo de lei tido por violado para o conhecimento do recurso especial, quer tenha sido interposto pela alínea *a* quer pela *c*.**
2. Não cabe, em sede de embargos de divergência, a revisão do juízo de admissibilidade feito pelo acórdão embargado, que considerou parte das questões não prequestionadas, bem como indemonstrado o

dissídio jurisprudencial.
3. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg nos EREsp 382.756/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe de 17/12/2009).

De todo modo, tem-se que o Tribunal local assim se pronunciou:

"O apelo comporta provimento.
A autora Bebidas Poty Ltda. foi autuada, em 30.10.2013, conforme revela o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.032.529 (fls. 35/37), cuja anulação postulou, pelo seguinte fundamento:
(...)
Para situações que tais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no Recurso Especial nº 1.148.444 MG, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 14.04.2010, no sentido de que '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'. Assentou 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, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN'. E concluiu: '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'.
A propósito, a Súmula STJ nº 509, in verbis:
'É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda'.
(...)
Entretanto, no caso, a autora não se desincumbiu de comprovar a regularidade dos pagamentos e do transporte das mercadorias, a qual evidenciaria a efetiva ocorrência da operação comercial em debate e, por conseguinte, a boa-fé da adquirente.
Com efeito, o afirmado pagamento teria sido feito por meio de 04 (quatro) cheques; contudo, verifica-se que foram endossados (fls. 58/61). No aspecto, embora tenha lugar o endosso, não se pode desconsiderar que, nas circunstâncias, cabia à autora apontar, ao menos, indícios de que o endossatário teria algum vínculo comercial com o endossante, aqui emitente das notas fiscais declaradas

> inidôneas, considerando a presunção de legitimidade dos atos administrativos, especificamente do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.032.529 (fls. 35/37), cuja anulação postulou.
>
> Tal não fosse o suficiente à reforma da sentença, o transporte das mercadorias mostra-se, também, duvidoso. Isto porque, da leitura atenta das 04 (quatro) notas fiscais atinentes à alegada aquisição das mercadorias (fls. 41/44), a de fl. 41 indica o transportador, frete pelo emitente, mas não aponta o veículo, meio de transporte necessário, porque se trata de trinta e três mil litros de aguardente de cana de açúcar; a de fl. 42 indica o transportador, frete pelo emitente e as placas do veículo, quais sejam HSI 1242; a de fl. 43 indica como transportadora a adquirente, e, contraditoriamente, frete pelo emitente, apontando o veículo de placas ABU 0317; e a de fl. 44, por fim, indica como transportadora a adquirente, e, contraditoriamente, frete pelo emitente, apontando o veículo de placas HSI 8987.
>
> Ocorre que, dos três veículos apontados, dois não foram localizados em pesquisa realizada pelo Fisco Paulista (fls. 62 e 64).
>
> Ora, tanto em relação aos pagamentos, quanto em relação ao transporte, a falta de comprovação de sua efetiva ocorrência constituiu um dos fundamentos do Auto de Infração em tela, como se vê da transcrição acima. Por conta disso, cabia à autora, na exordial, esclarecer a situação, ainda que por indícios, como dito. Ao contrário, quedou-se inerte, limitando a afirmar os pagamentos e o ingresso das mercadorias, omissão adotada, igualmente, ao se manifestar sobre a contestação (fls. 449/460).
>
> Somente nas contrarrazões é que a autora procurou arredar a dúvida correspondente aos pagamentos, afirmando, apenas, que o endosso de cheque é cabível.
>
> Contudo, não fosse extemporâneo o argumento, seria de nenhum efeito prático, porque nada esclarece quanto ao vínculo entre o endossante e o endossatário, repita-se.
>
> Diante desse quadro, o contorno de realidade e legalidade que se procurou dar às operações efetuadas para fins de creditamento de ICMS é inaceitável, para dizer o menos" (fls. 547/551e).

Nesse contexto, mostra-se impossível a revisão do juízo de fato, exarado pela Corte **a quo**, no sentido de que, no caso, não está caracterizada a boa-fé da pessoa jurídica, bem como de que inexistiram as supostas operações, porquanto demandaria inevitável incursão no conjunto probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **ICMS. CREDITAMENTO. NOTA FISCAL. INIDONEIDADE. ACÓRDÃO QUE DECIDE PELA NÃO COMPROVAÇÃO**

DO NEGÓCIO INFORMADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1.148.444/MG, realizado pelo rito dos recursos repetitivos, firmou a tese de que 'o comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota (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'.

2. **Hipótese em que o acórdão recorrido assentou que a autora não logrou demonstrar a veracidade das operações de compra e venda documentadas pelas notas fiscais declaradas inidôneas, de modo que a revisão desse entendimento, por demandar reexame de prova, encontra óbice na Súmula 7 do STJ.**

3. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.718.569/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/08/2018).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. **CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO. NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. COMPROVAÇÃO DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. SÚMULA 7/STJ**. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. **Concluindo a Corte de origem que não ficou demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, o acolhimento da tese recursal de boa-fé da adquirente demandaria inafastável incursão na seara fática dos autos, inviável na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ**.

2. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.068.018/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

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

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" (STJ, AgRg no REsp 1.355.768/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/02/2014).

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, **conheço** do Agravo para **não conhecer** do Recurso Especial.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte **recorrida**, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

I.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora