

16/03/2010

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.461 SÃO PAULO**

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
AGTE. (S) : ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AGDO. (A/S) : ROMA JENSEN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA  
ADV. (A/S) : NELSON LOMBARDI  
ADV. (A/S) : FERNANDA CHRISTINA LOMBARDI

**EMENTA:** PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DISTINÇÃO ENTRE REEXAME DE FATOS E PROVAS (SÚMULA 279/STF) E A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE QUADRO FÁTICO (CLASSIFICAÇÃO NO DIREITO).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÓBICE POSTO PELO ESTADO.

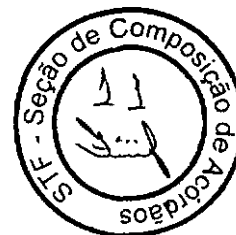
1. Cabe a correção monetária de créditos relativos ao ICMS, por força da regra da vedação da cumulatividade, escriturados extemporaneamente, se o atraso se deve à obstáculo posto pelas autoridades fiscais.

2. O reexame de fatos e provas, incabível no exame do recurso extraordinário (Súmula 279/STF), não se confunde com a qualificação jurídica dada ao quadro fático coligido na fase instrutória própria.

3. Incontroverso que o estado-agravante resistiu à pretensão da empresa-agravada, na medida em que apresentou resposta (apelação) e interpôs apelação e recurso extraordinário com o objetivo de firmar a inexistência de direito ao crédito pleiteado. Desnecessidade de reabrir a instrução. A resistência à pretensão que se buscou na tutela jurisdicional classifica-se juridicamente como óbice ou obstáculo ao exercício do direito à escrituração de créditos.

Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.


**A C Ó R D ã O**



**RE 351.461-AgrR / SP**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 16 de março de 2010.



**JOAQUIM BARBOSA** - Relator

16/03/2010

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.461 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**  
**AGTE. (S)** : ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC. (A/S) (ES)** : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AGDO. (A/S)** : ROMA JENSEN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA  
**ADV. (A/S)** : NELSON LOMBARDI  
**ADV. (A/S)** : FERNANDA CHRISTINA LOMBARDI

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que tem o seguinte teor:

**“DECISÃO:** Trata-se de recursos extraordinários (art. 102, III, a, da Constituição Federal) interpostos pelo Estado de São Paulo e pelo contribuinte, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Estado de São Paulo alega violação do art. 155, § 2º, I, da Constituição federal, pedindo que não seja dado ao contribuinte o direito de crédito do ICMS incidente sobre energia elétrica e prestação de serviços de comunicação.

Já o contribuinte, sustenta a afronta aos arts. 5º, caput, e 155, § 2º, I, da Carta Magna, pleiteando a incidência de correção monetária sobre os créditos reconhecidos pelo TJSP.

O acórdão recorrido manteve a sentença, reconhecendo ao contribuinte o direito de creditamento do ICMS incidente sobre energia elétrica e prestação de serviços de comunicação, tendo em vista que por serem utilizados na persecução do objetivo social do contribuinte, subsumem-se à permissão contida na Portaria CAT nº 01/91.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 155, § 2º, I e II da Constituição, firmou a relevância da destinação dada a bem ou serviço

RE 351.461-Agr / SP

adquirido, no âmbito de operação subsequente de circulação de mercadoria ou da prestação de serviços, para fins de reconhecimento do direito ao crédito de ICMS como instrumento de vedação da cumulatividade.

Assim, não há **direito constitucional** assegurado ao creditamento de valores relativos à aquisição de **energia elétrica, bens ou mercadorias de uso e consumo ou aqueles destinados à integração ao ativo fixo, mesmo que intermediários**, que não se integrem diretamente à mercadoria circulada ou ao serviço prestado ("crédito físico"). Trata-se de **benefício fiscal** cuja aplicabilidade depende da existência de legislação infraconstitucional nesse sentido.

Registro, nesse sentido, os seguintes precedentes:

"EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Descabimento. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento' (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88). Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Recurso não conhecido." (RE 200.168, rel. min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 22.11.1996);

"EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. ICMS. Compensação créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica, bens que integram o ativo fixo e de serviços de telecomunicações. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado,

RE 351.461-Agr / SP

deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado." (RE 547.725-Agr, rel. min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009);

"Segundo a jurisprudência desta Corte, o contribuinte do ICMS não tem direito a se creditar do imposto pago na aquisição de energia elétrica, comunicação, bens do ativo fixo e de uso e consumo. Precedentes: AI 250.852-Agr e RE 195.894. Agravo regimental improvido." (RE 354.935-Agr, rel. min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, DJ 21.02.2003);

"EMENTAS: 1. TRIBUTO. ICMS. Créditos excedentes. Correção monetária. Inadmissibilidade. Recurso extraordinário não provido. Esta Corte entende que o contribuinte do ICMS não tem direito de corrigir monetariamente os créditos escriturais excedentes. 2. TRIBUTO. ICMS. Creditamento. Aquisição de energia elétrica, comunicação, bens do ativo fixo e de uso e consumo. Indevido Precedentes. Recurso extraordinário não provido. Esta Corte não reconhece o direito de creditamento do imposto pago na aquisição de energia elétrica, comunicação, bens do ativo fixo e de uso e consumo. 3. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte." (RE 588.985-Agr, rel. min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJU de 09.10.2009);

Na mesma linha: RE 195.894, Segunda Turma, rel. min. Marco Aurélio, DJ de 14.11.2000; AI 602998 Agr/MG, Segunda Turma, rel. min. Eros Grau, DJ de 01.06.2007; AI 355683 Agr/SP, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 20.04.2006.

No caso em exame, o acórdão vergastado entendeu que a energia elétrica e os serviços de comunicação eram utilizados na persecução do objetivo social do contribuinte. Para modificar esse entendimento seria necessário rever fatos e provas, procedimento inadequado no julgamento do recurso extraordinário (Súmula 279/STF).

RE 351.461-AgR / SP

Ademais, eventual violação constitucional, se existente, seria indireta ou reflexa, dado que pressupõe de modo imediato a interpretação da Portaria CAT nº 01/91.

Confira-se, nesse sentido, o RE 216.200-AgR (rel. min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ 13.10.2000).

Quanto à correção monetária, em situação análoga à presente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é devida a correção monetária de crédito tributário quando a sua não escrituração ou escrituração tardia decorre de óbice imposto pelo Estado. Confira-se:

**"EMENTA:** ICMS: direito de crédito do imposto pago na aquisição de bens para o ativo fixo, com correção monetária: embargos de divergência: não conhecimento: não aplicação ao caso da jurisprudência invocada pelo embargante.

1. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em se tratando de regular lançamento de crédito tributário em decorrência de recolhimento de ICMS, não haverá incidência de correção monetária no momento da compensação com o tributo devido na saída da mercadoria do estabelecimento. Precedentes.

2. O caso, contudo, é de crédito tributário - reconhecido pelo acórdão embargado e não contestado pelo embargante -, cuja escrituração não ocorrera por óbice imposto pelo Estado, hipótese em que é devida a correção monetária e não se aplica a jurisprudência citada, cujo pressuposto é a regularidade da escrituração. Precedente: RE 282.120, **Maurício Corrêa**, RTJ 184/332." (RE 200.379-ED-ED-EDv, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 05.05.2006)

Da orientação relativa à correção monetária, divergiu o acórdão recorrido.

Ante o exposto, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo** e, com lastro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **conheço do recurso do contribuinte e dou-lhe provimento.**

Publique-se.

**RE 351.461-Agr / SP**

Brasília, 9 de novembro de 2009.

**Ministro JOAQUIM BARBOSA**  
Relator" (Fls. 691-694).

O estado-agravante sustenta que a decisão recorrida violou a orientação firmada na Súmula 279/STF, na medida em que deu interpretação diversa daquela coligida pelo Tribunal de origem às provas dos autos.

Conforme aponta, o acórdão recorrido teria reconhecido expressamente que o atraso da escrituração de créditos ter-se-ia dado exclusivamente por culpa e desídia da empresa-agravada e, portanto, incabível a correção monetária.

Ante o exposto, pede-se a reforma da decisão.

É o relatório.

RE 351.461-Agr / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Inconsistente o recurso.

O estado-agravante fia-se na seguinte passagem do acórdão recorrido:

*"O contribuinte deixou de escriturar créditos de ICMS. A tanto não estava impedido, pouco importando a inexistência de decisão normativa sobre a matéria. E se não o fez no momento próprio, não se tem como ajustá-los pela correção monetária. Entendimento em contrário levaria a uma situação de desigualdade entre o Fisco e o contribuinte" (Fls. 466).*

A orientação firmada na Súmula 279/STF impede a reabertura da fase instrutória no curso do julgamento do recurso extraordinário. Contudo, a Corte não está impedida de examinar e de interpretar o quadro fático, tal como formado pelas instâncias ordinárias. De fato, é equivocado confundir o juízo que se faz sobre os fatos com ao refazimento ou o reexame de provas.

A propósito, lembra **Fabiana Del Padre Tomé** que prova ter caráter vicário dos fatos, isto é, compõe os fatos jurídicos em sentido estrito no curso do processo, mas com eles não se confundem.

Nesse sentido, vale lembrar a distinção feita pelo Ministro Aliomar Baleeiro no RE 58.990 entre **reexaminar provas** e





RE 351.461-AgR / SP

**classificar fato no Direito** (qualificação jurídica). A aplicação dos precedentes desta Corte pressupõe-se saber se houve ou não obstáculo imposto pelo Estado ao exercício do direito de creditamento.

No caso em exame, o obstáculo posto pelo Estado de São Paulo é expresso. A ação ordinária fora ajuizada para assegurar (1) direito ao creditamento e (2) correção monetária dos créditos.

Como se lê no modelo pré-elaborado que serviu como contestação (Fls. 35-44), o estado-agravante usou a distinção entre "créditos físicos" e "créditos financeiros" para concluir que a empresa-agravada não se desincumbira do ônus de provar que as operações de aquisição se enquadravam nas hipóteses de concessão de créditos<sup>1</sup>.

Foi realizada prova pericial (Fls. 176-185).

A sentença considerou procedente o pedido relativo ao reconhecimento dos créditos (Fls. 398-404).

O ora estado-agravante não se conformou com a decisão e apelou (Fls. 418-422). Novamente a questão estava ligada à comprovação do destino dado às aquisições.

---

<sup>1</sup> "Na realidade, não se pode dizer que a Autora tenha trazido elementos que esclarecessem o quanto é utilizado a título de serviços de telefonia pelos departamentos não ligados diretamente com a área de comercialização. Conforme já se disse, não separou, a mesma, os serviços de telefonia utilizados pelo setor administrativo ou contábil, por exemplo, dos usados pelo setor comercial propriamente dito. Enfim, não tomou as devidas providências para

RE 351.461-AgR / SP

Por derradeiro, a irresignação também foi versada em recurso extraordinário (Fls. 535-538).

Transparece que a pretensão da empresa-agravada, de reconhecimento do direito ao crédito extemporâneo, foi ferrenhamente resistida pela apresentação de resposta (contestação) e interposição de recursos ordinário (apelação) e extraordinário. Quanto a tais fatos não há dúvida ou contradição.

A resistência à pretensão de tutela jurisdicional qualifica-se juridicamente como **obstáculo** ao exercício de direito que se reconheceu como lídimo.

O acórdão recorrido errou ao classificar juridicamente a resistência à pretensão da empresa-agravada.

Desnecessário reexaminar fatos e provas para constatar o obstáculo posto.

Ante o exposto, conheço do agravo regimental, **mas a ele nego provimento.**

É como voto.



---

tornar claro que tais serviços só eram utilizados pelo setor comercial para consecução de seus objetivos" (Fls. 36).

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.461

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S) : ROMA JENSEN COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

ADV.(A/S) : NELSON LOMBARDI

ADV.(A/S) : FERNANDA CHRISTINA LOMBARDI

**Decisão:** Negado provimento. Votação unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 16.03.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador