



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.568 - SP (2019/0113913-1)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADOS : SERGIO FARINA FILHO - SP075410
RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169
OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO BERTOLINO E OUTRO(S) -
SP243801
RECORRIDO : ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. ICMS INTERESTADUAL. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DA ALÍQUOTA DO ICMS. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. CLÁUSULA FOB. Oponibilidade perante a fazenda. ART. 123 DO CTN. Descabimento. Dissídio jurisprudencial. Análise prejudicada.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.

2. O Tribunal bandeirante consignou: "Ademais, no caso dos autos, o próprio contribuinte se diz não responsável pela sorte da mercadoria após a saída de seu estabelecimento. Se não houve comprovação robusta do transporte para outro Estado, está fora de questão a alegada boa-fé, que para sustentar suposta transação deve ser corroborada por outros fundamentos: deve revestir-se a boa-fé de contornos objetivos, não bastando a intenção, intangível na sua essência. De outra parte, a cláusula FOB atribui ao adquirente a responsabilidade pelo transporte do produto. Deveras, embora correta esta assertiva, não pode ser oposta ao Fisco com o objetivo de eximir-se da responsabilização, consoante estabelece o artigo 123 do Código Tributário Nacional. Com efeito, a alegação de que a venda se deu com a cláusula "FOB" (por conta e risco do comprador) não exime a embargante da responsabilidade de comprovar o recebimento pelo destinatário das mercadorias, pois esta cláusula apenas tem efeito entre as partes contratantes, com a finalidade de fixar a responsabilidade sobre o objeto comercializado em caso de extravio ou perda. Não gera efeitos perante o Fisco (artigo 123, do Código Tributário Nacional). (...) Cabia à embargante comprovar a saída da mercadoria do Estado de São Paulo e o efetivo destino no Estado de Sergipe, fato que não restou demonstrado nos autos, apesar da documentação juntada aos autos. (...) No caso, não houve comprovação documental da saída das mercadorias do território estadual paulista, nem do efetivo ingresso das mercadorias adquiridas pela empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS ARACAJU LTDA., "ARACAJU" no município de Aracaju/SE, destinatário indicado nas notas fiscais. (...) Concluiu-se neste procedimento fiscalizatório, portanto, que as mercadorias objeto da autuação não tiveram como destino a empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS ARACAJU LTDA., "ARACAJU", localizada no município de Aracaju/SE (fls. 201/219), decisão mantida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Impostos e Taxas (fls. 270/273 - Processo DRTC 1000249-444671/2009). (...) Impossível, pois, sequer presumir-se a boa-fé da embargante, eis que, repita-se à exaustão, a parte interessada na entrega da prestação jurisdicional em seu benefício sequer se deu ao trabalho de coligir aos autos as notas fiscais questionadas pelo Fisco no âmbito do procedimento administrativo, bem como os comprovantes de pagamento das mercadorias, ordens de carregamento e conhecimento de transporte emitidos pela empresa adquirente. Pouco importa, sob este prisma, a mera juntada de eventuais consultas feitas ao SINTEGRA, Receita Federal e à JUCESP, como fator indicativo de uma provável boa-fé da embargante. Com efeito, sequer a existência da venda efetiva mais precisamente, a alegada operação interestadual - restou cabalmente demonstrada. Daí porque qualquer análise a respeito da sistemática de vendas adotada usualmente pela embargante-autora reputa-se despicienda. Por conseguinte, considerando os fatos narrados nas diligências realizadas pelo Fisco e os documentos trazidos aos autos, não restando comprovada a realização das operações interestaduais, de rigor o recolhimento da parcela do tributo resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota aplicada, permanecendo hígido o auto de infração" (fls. 389-395, e-STJ).

3. A Corte local concluiu que a recorrente não comprovou a saída da mercadoria do território paulista, motivo pelo qual lhe imputou a responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher, bem como da multa daí resultante.

4. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões nele colacionadas, visto que a instância *a quo* utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal compreensão, cuja análise demanda o reexame de provas, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial" .

5. O acórdão recorrido está em sintonia com o posicionamento do STJ de que a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tendo validade somente entre as partes, e não contra o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.

6. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

7. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "'A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 25 de junho de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.568 - SP (2019/0113913-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S.A

ADVOGADOS : SERGIO FARINA FILHO - SP075410

RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169

OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO BERTOLINO E OUTRO(S) - SP243801

RECORRIDO : ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fls. 381-382, e-STJ):

PROCESSUAL CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NÃO DELIMITAÇÃO NA INICIAL DO FATO QUE SE PRETENDIA PROVAR COM EVENTUAL PERÍCIA TÉCNICA QUESTÃO CONTROVERTIDA UNICAMENTE DE DIREITO - PROVA DOCUMENTAL QUE SE MOSTRA SUFICIENTE- PRELIMINAR REJEITADA.

PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE DA SENTENÇA ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO OCORRÊNCIA INTELIGÊNCIA DO ART. 489, §1º, IV, CPC E DOS ENUNCIADOS 12 E 13 DO ENFAM PRELIMINAR REJEITADA.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ICMS - OPERAÇÃO INTERESTADUAL SOB A ALÍQUOTA DE 7% NÃO COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO DE DESTINO, NO ESTADO DE SERGIPE IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO PELA ALÍQUOTA DIFERENCIADA CONTRATO REALIZADO SOB A CLÁUSULA "FOB" QUE SE MOSTRA IRRELEVANTE AVENÇA QUE SÓ OBRIGA AS PARTES CONTRATANTES, NÃO GERANDO EFEITOS PERANTE O FISCO (ART. 123 DO CTN) RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE NA COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DA MERCADORIA DO ESTADO - AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SE MOSTRA HÍGIDO JUROS E MULTA CUMULAÇÃO ADMISSIBILIDADE FINALIDADES DIVERSAS QUE NÃO CONSTITUEM "BIS IN IDEM" - MULTA PUNITIVA REDUÇÃO PARA 100% DO VALOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA EM FRANCO PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO CONFORME FIRME PRECEDENTE DO STF - NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA A TAL PATAMAR RECURSO PROVIDO EM PARTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Embargos de Declaração opostos foram rejeitados.

A parte recorrente alega divergência jurisprudencial e violação aos arts. 489 e 1.022, II, do CPC e aos arts. 108, IV, 112, 121, I e II, 124, I e II, 135 e 137, II, do CTN. Afirma que o acórdão recorrido é nulo, porquanto deixou de apreciar diversas questões de direito. Aduz que o pagamento do ICMS no caso é indevido, porque atuou sempre com boa-fé. Ademais, não pode ser responsabilizada objetivamente por atos cometidos pelo comprador das mercadorias. Argui que é responsabilidade do cliente a aquisição, a retirada e o transporte das mercadorias até o destino final indicado na nota. Salienta que não teve intenção de lesar a Fazenda Pública.

Sem contrarrazões.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.810.568 - SP (2019/0113913-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 23.5.2019.

O recurso não merece prosperar.

No julgamento dos Aclaratórios, a Corte local asseverou:

No caso, contudo, não há nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no v. acórdão, mostrando-se os embargos nitidamente infringentes do julgado.

O julgado foi expresso ao declinar que:

(...)

Com efeito, a alegação de que a venda se deu com a cláusula “FOB” (por conta e risco do comprador) não exime a embargante da responsabilidade de comprovar o recebimento pelo destinatário das mercadorias, pois esta cláusula apenas tem efeito entre as partes contratantes, com a finalidade de fixar a responsabilidade sobre o objeto comercializado em caso de extravio ou perda. Não gera efeitos perante o Fisco (artigo 123, do Código Tributário Nacional).

Esse é o entendimento do STJ, ou seja, de que a cláusula OB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor da mercadoria (...) (precedentes: REsp nº 1657359/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, j. 04.05.2017; REsp 886.695/MG; EDcl no REsp 37.033/SP; REsp 896.045/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, j. 18.9.2008).

A doutrina é pacífica acerca da impossibilidade de oposição das convenções particulares à Fazenda Pública no que tange a responsabilidade pelo pagamento de tributos com o fito de modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, salvo e se, somente se, existir preceito normativo em contrário.

(...)

O RICMS é claro em seu artigo 23, parágrafo único, ao dispor que "Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou Distrito Federal, ou a sua efetiva exportação".

Ora, está expresso na lei que a responsabilidade é do contribuinte (art. 7º, da Lei nº 6.374/89), ainda que tenha contratado sob a cláusula "FOB". O contrato faz lei entre as partes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contratantes, não obrigando terceiros estranhos à avença.

Cabia à embargante comprovar a saída da mercadoria do Estado de São Paulo e o efetivo destino no Estado de Sergipe, fato que não restou demonstrado nos autos, apesar da documentação juntada aos autos.

Com efeito, o STJ já asseverou que o Fisco "(...) só homologa o pagamento do ICMS pela alíquota interestadual se a mercadoria for entregue no estabelecimento do destinatário em outra unidade da federação; não é a nota fiscal que define uma operação como interestadual, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para outro. (EDc1 no REsp 37.033/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/1998, DJ 03/11/1998, p. 105).

No caso, não houve comprovação documental da saída das mercadorias do território estadual paulista, nem do efetivo ingresso das mercadorias adquiridas pela empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS ARACAJU LTDA., "ARACAJU" no município de Aracaju/SE, destinatário indicado nas notas fiscais.

As diligências realizadas pelo Fisco apontaram que, de acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, a empresa "ARACAJU" figura como inapta desde 06/09/2001 (fl. 210), não declarando qualquer movimentação econômica no período entre agosto/2002 e agosto/2004, e nenhum recolhimento de imposto durante o ano de 2005 (fls. 206 e seguintes). Também a ora embargante MAKRO não consta em nenhum dos documentos fiscais como remetente de mercadorias nas notas fiscais que ingressaram no Estado de Sergipe em 2005 (fl. 207, item 5.2.2.).

Além disso, no endereço da "ARACAJU" constante das notas fiscais, os fiscais encontraram uma concessionária de veículos denominada "Prata Veículos" em funcionamento no local desde agosto/2004 (fls. 207/208, item 6.1).

Apurou-se no procedimento administrativo que o contador da "ARACAJU", Sr. José Carlos Teixeira, declarou não mais prestar serviços contábeis à empresa desde o final do ano de 2004 ou início de 2005 em virtude do encerramento das atividades da empresa no período especificado (fls. 209, item 6.3 e 218/219).

Concluiu-se neste procedimento fiscalizatório, portanto, que as mercadorias objeto da autuação não tiveram como destino a empresa COMERCIAL DE AUMENTOS ARACAJU LTDA., "ARACAJU", localizada no município de Aracaju/SE (fls.

201/219), decisão mantida pelo Tribunal de Impostos e Taxas (fls. 270/273 - Processo DRTC 1000249-444671/2009).

A embargante juntou aos autos consultas ao SINTEGRA/ICMS nos anos de 2005 e 2006, em que já apontavam que a empresa "ARACAJU" estava com restrições em sua situação cadastral desde 06/09/2001 (fls. 68/74), além de consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (fls. 75/76), bem como um fax da JUCESP do Contrato de Constituição de Sociedade por Cotas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Responsabilidade Limitada da empresa "ARACAJU" (fls. 77/81).

Juntou uma autorização para o motorista Sr. Marcelo de transporte de mercadorias para fora do Estado, até o destino final - Aracaju/SE, a respeito das notas fiscais de n°s 889983 a 889985, na data de 12/04/2006 (fls. 83). Contudo, referida autorização foi endereçada ao Makro Atacadista localizado na Av. Aricanduva, 5555, São Paulo/SP, que não foi a filial autuada (qual seja, a localizada na Av. Santa Marina, 1757, Água Branca, São Paulo/SP), nem é referente ao período objeto da autuação (fls. 201/202).

Não foram juntados aos autos sequer as notas fiscais objeto da autuação, nem comprovantes de pagamento, Livro Registro de Entradas e de Saída, Livro de Apuração do ICMS, Livro Caixa ou os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC (arts. 153 e 154 do RICMS), ônus da embargante de demonstrar a efetiva saída das mercadorias do território paulista e recebimento da mercadoria no destino indicado, uma vez que aplicou alíquota menor, em seu próprio benefício.

(...)

Como se vê, a alegação de que as mercadorias são adquiridas na modalidade de “vendas a balcão” e transportadas pelo comprador restou totalmente refutada, pois decidido no v. acórdão que, além da cláusula “FOB” (por conta e risco do comprador) não eximir a ora embargante da responsabilidade de comprovar o recebimento das mercadorias pelo destinatário, também não pode ser oposta perante a Fazenda Pública.

O RICMS é evidente em seu artigo 23, parágrafo único: “Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou Distrito Federal, ou a sua efetiva exportação”.

Além disso, houve vasta fundamentação jurisprudencial e doutrinária acerca do tema. Como se vê, as questões ventiladas pela embargante foram todas apreciadas no julgado, notando-se de suas razões o nítido desejo de fazer prevalecer o seu entendimento, com modificação do julgado, o que não é possível nesta via processual.

Argumentou-se, ainda, ser impossível “presumir-se a boa-fé da embargante, eis que, repita-se à exaustão, a parte interessada na entrega da prestação jurisdicional em seu benefício sequer se deu ao trabalho de coligir aos autos as notas fiscais questionadas pelo Fisco no âmbito do procedimento administrativo, bem como os comprovantes de pagamento das mercadorias, ordens de carregamento e conhecimento de transporte emitidos pela empresa adquirente.” (fls. 394/395).

Quanto à alegação de ausência de pronunciamento acerca da inconstitucionalidade reconhecida no RE 754.554/GO, extrai-se do referido julgado que o C. STF, no caso em concreto, manteve o entendimento de que a multa aplicada em 25% sobre o valor da mercadoria não seria razoável, configurando, na espécie o caráter confiscatório da penalidade pecuniária.

Portanto, o v. acórdão já aplicou ao caso o entendimento adotado pelo C. STF de vedação ao efeito confiscatório da multa tributária, tanto que adequou o valor da multa punitiva a 100% da obrigação tributária principal, entendimento majoritário dos Tribunais Superiores.

Como se vê, o inconformismo da embargante não pode ser discutido nos estreitos limites do recurso em comento, mesmo porque, como já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, os embargos de declaração têm pressupostos certos, não se prestando a corrigir error in iudicando (RTJ 176/707).

Ademais, a teor do inciso IV, do parágrafo 1º, do art. 489 do Novo CPC, o julgador não está obrigado a enfrentar argumentos deduzidos no processo que não são capazes de infirmar a conclusão por ele adotada, impondo-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando ao caso concreto a legislação considerada pertinente, o que ficou demonstrado.

Vale ressaltar que ainda que tenham por finalidade o prequestionamento viabilizador das instâncias superiores, os embargos de declaração devem se enquadrar nas hipóteses do artigo 1.022, do NCPC, donde resulta manifestamente inadequada a hipótese sub examine. (fls. 415-422, e-STJ)

Constato que não se configurou a ofensa aos arts. 489 e 1.022, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

Ademais, verifica-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição. Vale destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

O Tribunal bandeirante consignou:

Ademais, no caso dos autos, o próprio contribuinte se diz não responsável pela sorte da mercadoria após a saída de seu estabelecimento. Se não houve comprovação robusta do transporte para outro Estado, está fora de questão a alegada boa-fé, que para sustentar suposta transação deve ser corroborada por outros fundamentos: deve revestir-se a boa-fé de contornos objetivos, não bastando a intentio, intangível na sua essência.

4- De outra parte, a cláusula FOB atribui ao adquirente a responsabilidade pelo transporte do produto. Deveras, embora correta esta assertiva, não pode ser oposta ao Fisco com o objetivo de eximir-se da responsabilização, consoante estabelece o artigo 123 do Código Tributário Nacional.

Com efeito, a alegação de que a venda se deu com a cláusula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“FOB” (por conta e risco do comprador) não exime a embargante da responsabilidade de comprovar o recebimento pelo destinatário das mercadorias, pois esta cláusula apenas tem efeito entre as partes contratantes, com a finalidade de fixar a responsabilidade sobre o objeto comercializado em caso de extravio ou perda. Não gera efeitos perante o Fisco (artigo 123, do Código Tributário Nacional).

(...)

Cabia à embargante comprovar a saída da mercadoria do Estado de São Paulo e o efetivo destino no Estado de Sergipe, fato que não restou demonstrado nos autos, apesar da documentação juntada aos autos.

(...)

No caso, não houve comprovação documental da saída das mercadorias do território estadual paulista, nem do efetivo ingresso das mercadorias adquiridas pela empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS ARACAJU LTDA., “ARACAJU” no município de Aracaju/SE, destinatário indicado nas notas fiscais.

(...)

Concluiu-se neste procedimento fiscalizatório, portanto, que as mercadorias objeto da autuação não tiveram como destino a empresa COMERCIAL DE ALIMENTOS ARACAJU LTDA., “ARACAJU”, localizada no município de Aracaju/SE (fls. 201/219), decisão mantida pelo Tribunal de Impostos e Taxas (fls. 270/273 - Processo DRTC 1000249-444671/2009).

(...)

Impossível, pois, sequer presumir-se a boa-fé da embargante, eis que, repita-se à exaustão, a parte interessada na entrega da prestação jurisdicional em seu benefício sequer se deu ao trabalho de coligar aos autos as notas fiscais questionadas pelo Fisco no âmbito do procedimento administrativo, bem como os comprovantes de pagamento das mercadorias, ordens de carregamento e conhecimento de transporte emitidos pela empresa adquirente.

Pouco importa, sob este prisma, a mera juntada de eventuais consultas feitas ao SINTEGRA, Receita Federal e à JUCESP, como fator indicativo de uma provável boa-fé da embargante. Com efeito, sequer a existência da venda efetiva mais precisamente, a alegada operação interestadual - restou cabalmente demonstrada. Daí porque qualquer análise a respeito da sistemática de vendas adotada usualmente pela embargante-autora reputa-se despicienda.

Por conseguinte, considerando os fatos narrados nas diligências realizadas pelo Fisco e os documentos trazidos aos autos, não restando comprovada a realização das operações interestaduais, de rigor o recolhimento da parcela do tributo resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota aplicada, permanecendo hígido o auto de infração. (fls. 389-395, e-STJ)

Assim, a Corte local concluiu que a recorrente não comprovou a saída da mercadoria do território paulista, motivo pelo qual lhe imputou a responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher, bem como da multa daí



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultante.

É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões nele colacionadas, visto que a instância *a quo* utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal compreensão, cuja análise demanda o reexame de provas, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial" .

Nota-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o posicionamento do STJ de que a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tendo validade somente entre as partes, e não contra o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS INTERESTADUAL. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DA ALÍQUOTA DO ICMS. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. CLÁUSULA FOB. Oponibilidade perante a Fazenda. ART. 123 DO CTN. Descabimento. Análise de Lei Local. SÚMULA 280/STF.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (fl. 694, e-STJ): "Conforme se verifica do relatório de diligências fiscais, a fiscalização apurou que as operações não ocorreram da forma apontada pela empresa embargante (fls. 90/91), não tendo a ora apelada apresentado elementos suficientes a comprovar o real destino das mercadorias".

2. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa aos arts. 11, 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, parágrafo único, II, do CPC, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

3. A Corte local, ao dirimir a controvérsia, concluiu que a recorrente não comprovou a saída da mercadoria do território paulista, motivo pelo qual lhe imputou a responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher, bem como da multa daí resultante. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido seria necessário exceder as razões nele colacionadas, visto que a instância *a quo* utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal entendimento, cuja análise demanda o reexame de provas, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Verifica-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ de que a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

validade somente entre as partes e não contra o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.

5. Ademais, decidido o caso a partir da interpretação da legislação estadual referente à matéria, torna-se inviável a análise do caso concreto por este Tribunal Superior, ao qual não cabe rever a aplicação ou não de lei local. Incidência da Súmula 280/STF.

6. Quanto à suposta ofensa ao art. 5º da LC 87/1996 e aos valores fixados em decorrência da sucumbência recíproca, a apreciação destes pontos do Recurso Especial encontra óbice na Súmula 7/STJ.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.769.599/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/12/2018).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ARTIGO 330, I, DO CPC. CONVICÇÃO DO MAGISTRADO ACERCA DA SUFICIÊNCIA DAS PROVAS APRESENTADAS E PRODUZIDAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARTIGO 131, DO CPC. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA FOB. SÚMULA 7/STJ. ARTIGO 123, DO CTN.

(...)

6. Deveras, a título de argumento *obiter dictum*, forçoso consignar que a orientação exarada pelo acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o entendimento perfilhado por esta Corte, no sentido de que a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor da mercadoria, ex vi do disposto no artigo 123, do CTN (REsp 886.695/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 14.12.2007; e EDcl no REsp 37033/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 15.09.1998, DJ 03.11.1998).

(...)

9. Recurso especial parcialmente conhecido, no que pertine à suposta ofensa ao artigo 535, do CPC, e, nesta parte, desprovido.

(REsp 896.045/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 15/10/2008).

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. CLÁUSULA FOB.

A cláusula FOB opera entre as partes, exonerando o vendedor da responsabilidade pela entrega da mercadoria ao destinatário, nada valendo perante o Fisco (CTN, art.123), que só homologa o pagamento do ICMS pela alíquota interestadual se a mercadoria for entregue no estabelecimento do destinatário em outra unidade da federação; não é a nota fiscal que define uma operação como interestadual, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para outro. embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 37033/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, DJ 3.11.1998).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

Ante o exposto, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0113913-1

REsp 1.810.568 / SP

Números Origem: 1.064.668.046 1.067.668.046 1064668046 1067668046 80002945420128260014

PAUTA: 25/06/2019

JULGADO: 25/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADOS : SERGIO FARINA FILHO - SP075410
RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169
OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO BERTOLINO E OUTRO(S) - SP243801
RECORRIDO : ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.