



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.617 - SP
(2010/0103122-6)**

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : DR OETKER BRASIL LTDA
PROCURADOR : ROGÉRIO DA SILVA VENÂNCIO PIRES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA MARIA RUSSO ZINGARO FERREIRA LIMA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NA TESE NO SENTIDO DE QUE "A BONIFICAÇÃO EM TELA NÃO É INCONDICIONADA". NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA PARA INFIRMAR ESSA CONCLUSÃO.

1. A Primeira Seção/STJ, ao analisar o REsp 923.012/MG (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ) firmou entendimento no sentido de que, consignado pelas instâncias ordinárias que não houve *"comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos"*, em relação às mercadorias dadas em bonificação, não é possível, em sede de recurso especial, infirmar essa conclusão, tendo em vista o disposto na Súmula 7/STJ.
2. No caso concreto, consignou-se no acórdão embargado que "o Tribunal *a quo*, ao dirimir a controvérsia, consignou de forma expressa que 'há de se considerar que a bonificação em tela não é incondicionada' (fl. 276)". No presente recurso, objetiva-se afastar essa premissa fática. Contudo, em sede de embargos de divergência, é inviável rediscutir matéria de fato. Ressalte-se que, *"tratando-se de discussão travada no plano dos fatos, inadmissíveis são os embargos de divergência, cujo pressuposto é a existência de teses de direito conflitantes incidentes sobre fatos similares"* (EREsp 173.273/SP, Corte Especial, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 17.12.2004).
3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de outubro de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.617 - SP
(2010/0103122-6)**

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : DR OETKER BRASIL LTDA
PROCURADOR : ROGÉRIO DA SILVA VENÂNCIO PIRES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA MARIA RUSSO ZINGARO FERREIRA LIMA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo regimental (fls. 556/561) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NA TESE NO SENTIDO DE QUE "A BONIFICAÇÃO EM TELA NÃO É INCONDICIONADA". NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA PARA INFIRMAR ESSA CONCLUSÃO (RESP 923.012/MG, 1ª SEÇÃO, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE DE 24.6.2010). RECURSO NÃO ADMITIDO.

O agravante alega, em síntese, que a decisão agravada não merece prosperar, tendo em vista que:

O acórdão recorrido, assim como o acórdão divergente carreado aos autos, julgou a matéria, qual seja, não incidência do ICMS sobre as mercadorias bonificadas.

Vale salientar, tanto no caso dos presentes autos quanto no caso analisado no v. acórdão paradigmático, a matéria tratada é exatamente a mesma, não havendo que falar em matéria de questão fática.

Há, outrossim, questão de valoração de prova, o que sabiamente cabível nessa instância.

(...) É pacífico o entendimento de que a bonificação constitui-se em forma de desconto incondicional, dado que ao momento da realização da venda e, principalmente, quando da emissão da nota fiscal dos produtos vendidos, já se conhece exatamente quais e quantas mercadorias serão dadas em bonificação.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação colegiada da controvérsia.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.157.617 - SP
(2010/0103122-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NA TESE NO SENTIDO DE QUE "A BONIFICAÇÃO EM TELA NÃO É INCONDICIONADA". NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA PARA INFIRMAR ESSA CONCLUSÃO.

1. A Primeira Seção/STJ, ao analisar o REsp 923.012/MG (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ) firmou entendimento no sentido de que, consignado pelas instâncias ordinárias que não houve *"comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos"*, em relação às mercadorias dadas em bonificação, não é possível, em sede de recurso especial, infirmar essa conclusão, tendo em vista o disposto na Súmula 7/STJ.

2. No caso concreto, consignou-se no acórdão embargado que "o Tribunal *a quo*, ao dirimir a controvérsia, consignou de forma expressa que 'há de se considerar que a bonificação em tela não é incondicionada' (fl. 276)". No presente recurso, objetiva-se afastar essa premissa fática. Contudo, em sede de embargos de divergência, é inviável rediscutir matéria de fato. Ressalte-se que, *"tratando-se de discussão travada no plano dos fatos, inadmissíveis são os embargos de divergência, cujo pressuposto é a existência de teses de direito conflitantes incidentes sobre fatos similares"* (REsp 173.273/SP, Corte Especial, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 17.12.2004).

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O recurso não merece prosperar.

Conforme foi consignado na decisão ora agravada, a Primeira Seção/STJ, ao analisar o REsp 923.012/MG (1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ) firmou entendimento no sentido de que, consignado pelas instâncias ordinárias que não houve *"comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos"*, em relação às mercadorias dadas em bonificação, não é possível, em sede de recurso especial, infirmar essa conclusão, tendo em vista o disposto na Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O referido aresto ficou assim ementado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990)

2. "(...) A hipótese de **sucessão empresarial** (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coêlho, *in Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)

3. A base de cálculo possível do ICMS nas operações mercantis, à luz do texto constitucional, é o valor da operação mercantil efetivamente realizada ou, consoante o artigo 13, inciso I, da Lei Complementar n.º 87/96, "o valor de que decorrer a saída da mercadoria".

4. Desta sorte, afigura-se incontestado que o ICMS descaracteriza-se acaso integrem sua base de cálculo elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos.

5. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento acerca da matéria, por ocasião do julgamento do Resp **1111156/SP**, sob o regime do art. 543-C, do CPC, cujo acórdão restou assim ementado:

TRIBUTÁRIO – ICMS – MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO – ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL – INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL – ART.

13 DA LC 87/96 – NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preço do negócio.

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os "descontos concedidos incondicionais".

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min.

Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1111156/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009)

6. Não obstante, restou consignada, na instância ordinária, a ausência de comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor do aresto recorrido.

7. Destarte, infirmar a decisão recorrida implica o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, em face do Enunciado Sumular 07 do STJ.

8. A ausência de provas acerca da incondicionalidade dos descontos concedidos pela empresa recorrente prejudica a análise da controvérsia sob o enfoque da alínea "b" do permissivo constitucional.

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

No caso concreto, consignou-se no acórdão embargado que "o Tribunal *a quo*, ao dirimir a controvérsia, consignou de forma expressa que 'há de se considerar que a bonificação em tela não é incondicionada' (fl. 276)". No presente recurso, objetiva-se afastar essa premissa fática. Contudo, em sede de embargos de divergência, é inviável rediscutir matéria de fato.

Ressalte-se que, *"tratando-se de discussão travada no plano dos fatos, inadmissíveis são os embargos de divergência, cujo pressuposto é a existência de teses de direito conflitantes incidentes sobre fatos similares"* (EResp 173.273/SP, Corte Especial, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 17.12.2004).

Diante do exposto, NEGOU provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0103122-6 PROCESSO ELETRÔNICO **AgRg nos EREsp 1.157.617 / SP**

Números Origem: 1582005 200901804797 53050027649 55231253 55231255 5523125501

PAUTA: 27/10/2010

JULGADO: 27/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : DR OETKER BRASIL LTDA
ADVOGADO : ALESSANDRA FRANCISCO E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA MARIA RUSSO ZINGARO FERREIRA LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DR OETKER BRASIL LTDA
PROCURADOR : ROGÉRIO DA SILVA VENÂNCIO PIRES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA MARIA RUSSO ZINGARO FERREIRA LIMA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 27 de outubro de 2010

Carolina Vêras
Secretária