



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.975 - SP (2017/0178118-2)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : QUIMICA AMPARO LTDA
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP012363
EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM - SP118685
HELENA DE OLIVEIRA FAUSTO - SP105061
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES - SP138094
DIEGO VASQUES DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP239428
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCELO ROBERTO BOROWSKI E OUTRO(S) - SP123352

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. 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. Análise de lei local. SÚMULA 280/STF. Falta de prequestionamento. SÚMULA 282/STF.

1. A Corte regional, 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.

2. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, visto que a instância *a quo* utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal entendimento. Aplicação da Súmula 7/STJ.

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

4. Ademais, decidido o caso a partir da interpretação da legislação estadual referente à matéria (art. 36 do RICMS), torna-se inviável a análise do caso concreto por este Tribunal Superior, a quem não cabe rever a aplicação ou não de lei local. Aplicação da Súmula 280/STF.

5. No que se refere ao pedido de anulação do acórdão recorrido pela suposta ofensa ao art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, não se pode conhecer da irresignação, pois o referido dispositivo legal não foi objeto de debate pelo julgado estadual. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

6. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 10 de abril de 2018(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.975 - SP (2017/0178118-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : QUIMICA AMPARO LTDA
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP012363
EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM - SP118685
HELENA DE OLIVEIRA FAUSTO - SP105061
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES - SP138094
DIEGO VASQUES DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP239428
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCELO ROBERTO BOROWSKI E OUTRO(S) - SP123352

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Interno contra decisão monocrática (fls.1472-1476, e-STJ) que desproveu o recurso.

A parte agravante insurge-se contra a aplicação das Súmulas 7/STJ, 83/STJ, 280/STF e 282/STF. Afirma que seu recurso preenche todos os requisitos de admissibilidade. Aduz, em suma (fls. 1482-1494, e-STJ):

9. Assim sendo, a análise do mérito da discussão não demanda o reexame de provas (o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ), mas sim a correta qualificação jurídica dos fatos para decidir a respeito da responsabilidade / sujeição passiva tributária para o pagamento da diferença de alíquota do ICMS.

(...)

12. A questão em julgamento no Recurso Especial interposto, todavia, não se resume à discussão se a venda foi realizada ou não com a cláusula FOB, mas sim, quem deve ser o responsável / sujeito passivo tributário da diferença de alíquota do ICMS se foi o comprador quem deu destinação distinta àquela constante das notas fiscais de venda que foram emitidas pelo vendedor de boa-fé.

13. E, como exposto acima e amplamente demonstrado no Recurso Especial interposto, essa questão, mesmo em casos em que a venda foi realizada com cláusula FOB, já foi decidida por este Colendo Superior Tribunal de Justiça em favor da Agravante e, não contra, como consta da fundamentação da r. decisão agravada.

14. Vale dizer, *in casu*, se se pretender aplicar a Súmula 83/STJ essa deve ser feita em FAVOR da Agravante, e não contrariamente (...)

19. Ocorre que não existe na discussão dos autos, qualquer norma de “direto local”. Com efeito, o acórdão recorrido fez alusão em seu corpo ao artigo 36 do RICMS/SP (fls. 1167 e 1169) somente para dizer que se não comprovada a “saída da mercadoria do território paulista” deve o contribuinte recolher a alíquota interna do ICMS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19.1. A questão, então, que se coloca é quem é o CONTRIBUINTE responsável? Essa a matéria jurídica em julgamento. E isso, como exposto no Recurso Especial, e aqui reforçado, não demanda reexame de provas, muito menos análise de lei local, mas sim a correta interpretação e aplicação dos artigos 121, 124, 135 e 136 do CTN (...)

(...)

22. O derradeiro fundamento da decisão agravada é o seguinte: “Por fim, no que se refere ao pedido de anulação do acórdão recorrido pela suposta ofensa ao art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, não se pode conhecer da irresignação, pois o referido dispositivo legal não foi objeto de debate pelo julgado estadual. Tampouco se opuseram Embargos de Declaração para suprir a alegada omissão. Dessa forma, não se observou o requisito do prequestionamento quanto ao ponto. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.” (fls. 1475).

23. A leitura do Recurso Especial interposto (fls. 1226/1263) revela que houve o chamado prequestionamento implícito daqueles dispositivos do Código de Processo Civil então vigente (artigo 515, § 1º e § 2º).

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pelo provimento, pelo colegiado, do Agravo Interno.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.975 - SP (2017/0178118-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 5.3.2018.

O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

Conforme já disposto no *decisum* combatido, a Corte regional, 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.

Com efeito, impende a transcrição de excerto do voto-condutor do acórdão recorrido a fim de facilitar o deslinde da controvérsia (fls. 1167-1175, e-STJ, grifei):

A embargante foi autuada por emitir notas fiscais de saída de mercadorias, como detergente líquido, sabão e amaciante, dentre outros, mediante cláusula FOB, com empresário sediado no Mato Grosso do Sul, fazendo jus ao benefício da alíquota mais baixa, estipulada em 7%.

Contudo, posteriormente foi constatada a inexistência de estabelecimento no Estado do Mato Grosso do Sul, razão pela qual a Fazenda Estadual paulista aplicou a presunção prevista no art. 36, §4º, do RICMS, que preceitua presumir-se interna a operação quando não ficar comprovada a saída da mercadoria no Estado de São Paulo, imputando à apelante o pagamento da diferença da alíquota interna de ICMS, 18%, acrescida de multa.

(...)

A falta de comprovação pela embargante da entrega efetiva das mercadorias enseja a sua responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher, bem como da multa daí resultante.

Ao contrário do quanto pretende a apelante, ainda que a embargante tenha agido de boa-fé, não há como aplicar às operações em discussão a alíquota prevista para operações interestaduais como pretende, pois os autos não contêm prova do ingresso das mercadorias no estabelecimento do comprador em Mato Grosso do Sul.

Inútil dizer que não há prova de conluio, cuja produção é praticamente impossível de a Fazenda fazer. A respeito, veja-se o precedente abaixo ementado, do Juiz Núncio Teóphilo Neto, da 11ª Câmara de Direito Público:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

A r. sentença tratou minuciosamente do caso dos autos, não havendo qualquer razão para a sua reforma.

É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, visto que a instância *a quo* utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal entendimento.

Assim, a análise dessa questão 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".

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

Neste sentido:

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, julgado em 18/09/2008, DJe 15/10/2008)

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

A cláusula FOB opera entre as partes, exonerando o vendedor da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, julgado em 15.09.1998, DJ 03.11.1998)

Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ademais, decidido o caso a partir da interpretação da legislação estadual referente à matéria (art. 36 do RICMS), torna-se inviável a análise do caso concreto por este Tribunal Superior, a quem não cabe rever a aplicação ou não de lei local. Aplicação da Súmula 280/STF.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LEI MUNICIPAL. SÚMULA 280/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão a quo encontra-se assentado em legislação local (art. 40, do anexo XV, do RICMS), de modo que a sua desconstituição encontra óbice na Súmula 280/STF.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 705.140/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 18/04/2016)

TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 114 DO CTN. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO PARA TERCEIROS. ENTENDIMENTO FIXADO NA ORIGEM COM BASE NO RICMS E NO ACERVO FÁTICO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 280/STF E 7/STJ.

(...)

2. Embora a recorrente alegue ter ocorrido violação de matéria infraconstitucional, qual seja, dos arts. 19 e 20 da LC 87/96, segundo se observa dos fundamentos que serviram de base para a Corte de origem apreciar a controvérsia acerca da ilegalidade da transferência de crédito de ICMS, o tema foi dirimido no âmbito local (Decreto Estadual 45.490/2000 - RICMS) e com base nas provas constantes dos autos, de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial, ante os conceitos previstos nas Súmulas 7/STJ e 280/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 836.304/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016)

Por fim, no que se refere ao pedido de anulação do acórdão recorrido pela suposta ofensa ao art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, não se pode conhecer da irresignação, pois o referido dispositivo legal não foi objeto de debate pelo julgado estadual. Tampouco se opuseram Embargos de Declaração para suprir a alegada omissão. Dessa forma, não se observou o requisito do prequestionamento quanto ao ponto. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. FALTA DE ATAQUE A FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. INVIABILIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Verifica-se que não houve prequestionamento dos arts. 927 do CPC/1973; 186 e 187 do Código Civil e 14, § 3º, II, do CDC nas instâncias inferiores, pois os referidos dispositivos legais não foram analisados e decididos pelo órgão julgador. Incide, na espécie, a Súmula 282/STF.

(...)

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

(REsp 1671081/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 12/09/2017)

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0178118-2

AgInt no
REsp 1.689.975 / SP

Números Origem: 00045639320088260022 0220120080045630 220120080045630 45639320088260022
9722008

PAUTA: 10/04/2018

JULGADO: 10/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : QUIMICA AMPARO LTDA
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP012363
EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM - SP118685
HELENA DE OLIVEIRA FAUSTO - SP105061
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES - SP138094
DIEGO VASQUES DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP239428
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCELO ROBERTO BOROWSKI E OUTRO(S) - SP123352

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : QUIMICA AMPARO LTDA
ADVOGADOS : JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP012363
EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM - SP118685
HELENA DE OLIVEIRA FAUSTO - SP105061
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES - SP138094
DIEGO VASQUES DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP239428
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCELO ROBERTO BOROWSKI E OUTRO(S) - SP123352

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 agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.