

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.683.035 - SP (2017/0149793-8)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

EMBARGANTE : PITANGUEIRAS ACUCAR E ALCOOL LTDA

**ADVOGADOS : MICHAEL ANTONIO FERRARI DA SILVA E
OUTRO(S) - SP209957
JOÃO PEDRO CAZERTA GABARRA E OUTRO(S) -
SP304415**

EMBARGADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : JORGE MIGUEL FILHO E OUTRO(S) - SP103549

DECISÃO

Vistos

Trata-se de Embargos de Divergência interpostos por **PITANGUEIRAS AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA.**, com base nos arts. 1.043 do Código de Processo Civil e 266 do Regimento Interno desta Corte, contra acórdão proferido pela 2ª Turma, assim ementado (fls. 2.061/2.064e):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. VENDA DE COMBUSTÍVEL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM ALÍQUOTA REDUZIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DA MERCADORIA DO ESTADO E DA EFETIVA DESTINAÇÃO REGISTRADA NA NOTA FISCAL. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NA LEGISLAÇÃO LOCAL E NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 280/STF E 7/STJ. DISPOSITIVOS FEDERAIS RESPEITADOS.

1. *Insurge-se o Recurso Especial contra acórdão que julgou improcedentes Embargos à Execução Fiscal ajuizados em face de cobrança de ICMS e multa por emissão de nota fiscal de saída de mercadorias (álcool hidratado carburante), sem que estas, de acordo com a fiscalização, tenham sido entregues à destinatária indicada, "tornando-se desconhecido o seu efetivo destino, sendo, portanto, devido o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota efetivamente aplicada e a interna de 25%, nos termos do artigo 36, §4º do RICMS/00" (fl. 1.739).*

2. *Aponta a recorrente violação ao art. 535, I e II, do CPC/1973, além de afronta aos arts. 330, I, e 420 do mesmo diploma legal, e arts. 103, 110, 112, 116, 123, 124, 135, 136 e 137 do CTN. Alega, ainda, dissenso pretoriano.*

3. *Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.*

Superior Tribunal de Justiça

4. 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. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007, e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.
5. Não se trata de omissão, obscuridade ou contradição, mas de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses da parte recorrente. A mera insatisfação com o conteúdo da decisão embargada não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas trazidos à tutela jurisdicional, no momento processual oportuno, conforme o art. 535 do CPC/1973.
6. No mérito, deduz-se do extenso relatório preparatório deste julgamento que a lide foi decidida à luz de interpretação da legislação local que rege o ICMS no Estado de São Paulo.
7. Da forma como ficou definido pelo Tribunal de origem, imprescindível seria a análise da lei local para o deslinde da controvérsia, providência vedada em Recurso Especial. Desse modo, aplicável à espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 280/STF.
8. O próprio recurso cita, em diversas oportunidades, o RICMS e a Lei paulista 6.374/1989 para defender a incorreta aplicação do direito ao caso, o que escapa à viabilidade de apreciação pelo STJ.
9. Ressalte-se que, apesar de terem sido invocados dispositivos de lei federal, o fundamento central do deslinde da controvérsia (responsabilidade tributária da recorrente) foi amparado eminentemente em legislação local, o que atrai a aplicação do verbete sumular 280 do STF.
10. Ademais, a instância de origem igualmente decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. No Recurso Especial se defende a necessidade de produção de provas, inclusive para alegar violação aos arts. 330, I, e 420 do CPC/1973, o que confirma a natureza instrutória da vexata questão.
11. É sabido que "fatos admitidos na instância ordinária constituem premissa, inalterável, do julgamento do recurso especial ou do agravo interposto em face de sua inadmissão" (AgRg nos EDcl no Ag 249.524/RJ, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Terceira Turma, DJ de 8/5/00).
12. Assim, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido seria necessário exceder as razões nele colacionadas, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme a Súmula 7/STJ.
13. O óbice da Súmula 7 do STJ é aplicável também ao Recurso Especial interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.
14. Não bastasse isso, nenhuma razão assiste à recorrente no que toca

Superior Tribunal de Justiça

aos efeitos da cláusula FOB, à violação ao princípio da publicidade e à exigência de dolo específico que impõe a responsabilidade exclusiva ao agente que cometeu o ilícito. Os demais fundamentos do apelo se encontram irremediavelmente atingidos pela inadmissibilidade expendida anteriormente.

15. O juízo recorrido não invalidou a cláusula FOB, apenas lhe recusou efeitos para eximir a vendedora da responsabilidade prevista na legislação paulista. Os dispositivos do CTN citados, no particular, foram respeitados pela decisão a quo.

16. O mesmo ocorreu em relação à investigação do elemento subjetivo sob a ótica da responsabilidade tributária. A hipótese em liça, consoante registrado pela própria recorrente, não é de fraude tributária, tampouco de ilícito a atrair a responsabilização pessoal do agente, mas de desclassificação de operação interestadual para interna, com todas as consequências jurídicas inerentes, inclusive alteração de alíquota e multa.

17. Uma vez enquadrada a recorrente na condição de sujeito passivo do tributo, à luz da legislação local e dos elementos probatórios constantes dos autos, não há cogitar de intenção, conforme estabelecido no art. 136 do CTN.

18. Releva observar que a decisão recorrida não foi tomada, diretamente, por inidoneidade da destinatária das mercadorias ou das notas fiscais emitidas, mas por não comprovado o destino da mercadoria a outro Estado com alíquota de operação reduzida, o que ensejou a aplicação da legislação paulista que presume interna a operação nesses casos.

19. Extrai-se do acórdão que a responsabilidade não foi imputada à recorrente por má-fé ou outro elemento subjetivo, mas por falta de comprovação efetiva de operação interestadual, consoante, reitere-se, a prova dos autos e a legislação local transcrita.

20. Por fim, malgrado o conhecimento da matéria esbarrar nas súmulas 280/STF e 7/STJ, o repetitivo citado trata de situação diversa, em que comerciante de boa-fé que "adquire" mercadoria cuja nota fiscal emitida pela empresa vendedora foi posteriormente declarada inidônea pode aproveitar o crédito de ICMS, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada.

21. A recorrente, aqui, é a vendedora, não a adquirente de mercadoria objeto de nota fiscal posteriormente declarada inidônea.

22. Os demais precedentes, por sua vez, também são inservíveis ao caso concreto, pois, além de não indicarem a disciplina prevista na legislação local, como tratado na decisão recorrida, versam sobre hipótese em que foi comprovada a entrega pela vendedora de boa-fé ao transportador e em que a predestinação da mercadoria teria se dado pela empresa compradora, situação diversa da dos autos e não reconhecida pelas instâncias de origem.

23. Pode a recorrente não se conformar com as conclusões do acórdão impugnado, mas se basearam em premissas fáticas e jurídicas não reproduzidas nos arestos confrontados.

24. Todos os dispositivos tidos por violados, em verdade, foram observados pelo Tribunal a quo, cuja decisão há de ser mantida, por seus

Superior Tribunal de Justiça

próprios e jurídicos fundamentos.

25. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

Alega a Embargante, em síntese, que o acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte manifestamente diverge de acórdãos da Primeira Turma e da Primeira Seção, porquanto o acórdão embargado não conheceu do recurso por aplicação das Súmulas n. 07/STJ e 280/STF, enquanto os acórdãos paradigmas adentraram no mérito recursal, inclusive afastando a aplicação dos supracitados óbices sumulares.

Aponta, ainda, divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma proferido no AgRg no REsp n. 1.373.286/PR, quanto à aplicabilidade do art. 535 do CPC/1973.

Por fim, sustenta divergência quanto à Cláusula FOB.

Isso porque "o v. acórdão recorrido que o tribunal *a quo* não a invalidou, tendo apenas recusado seus efeitos para eximir a vendedora da responsabilidade prevista na legislação paulista', com os 'dispositivos do CTN tidos por violados (...) respeitados pela decisão a quo'. Entretanto, na esteira do entendimento da 1ª Seção desta C. Corte, no julgamento do EREsp 1.657.359/SP (Doc. 01), a cláusula FOB não descaracteriza a realização da operação interestadual que foi regularmente documentada e havida a tradição da mercadoria, não sendo possível invocar a responsabilidade objetiva do vendedor de boa-fé por eventual tredestinação da mercadoria levada a efeito pela empresa compradora (fls. 2.128e).

Requer "o conhecimento e provimento destes EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, para que seja reconhecida as divergências jurisprudenciais apontadas, para que assim, seja cumprida por este Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o seu mandamento constitucional (art. 105, inc. III, alíneas "a" e "c" da CF/1988), assegurando a prevalência das normas infraconstitucionais, com a UNIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, ofertando objetivamente a prestação jurisdicional aos cidadãos de forma isonômica (art. 5º, *caput*, da CF/1988 15) (fl. 2.129e).

Impugnação às fls. 2.263/2.271e).

Feito breve relato, decidido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do

Superior Tribunal de Justiça

provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, III e V, do Código de Processo Civil de 2015, combinados com os arts. 34, XVIII, *a e c*, e 255, I e III, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, respectivamente, a não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, bem como a dar provimento a recurso se o acórdão recorrido for contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral (arts. 1.036 a 1.041), a entendimento firmado em incidente de assunção de competência (art. 947), à súmula do Supremo Tribunal Federal ou desta Corte ou, ainda, à jurisprudência dominante acerca do tema, consoante Enunciado da Súmula n. 568/STJ:

O Relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Observe configurada a divergência no ponto em que o acórdão embargado confirmou o aresto regional o qual concluiu que o protesto por boa fé não aproveita à apelante (fl. 1.744e).

Com efeito, a 1ª Seção desta Corte firmou posicionamento segundo o qual a empresa vendedora de boa-fé que, mediante a apresentação da documentação fiscal pertinente e a demonstração de ter adotado as cautelas de praxe, evidencie a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em razão de a mercadoria não ter chegado ao destino declarado na nota fiscal.

Contudo, se a despeito da regularidade da documentação, o fisco comprovar que a empresa vendedora intencionalmente participou de eventual ato infracional (fraude) para burlar a fiscalização, poderá ela, naturalmente, ser responsabilizada pelo pagamento dos tributos que deixaram de ser oportunamente recolhido, consoante estampa o julgado assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA

MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR. BOA-FÉ. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE.

1. A empresa vendedora de boa-fé que, mediante a apresentação da documentação fiscal pertinente e a demonstração de ter adotado as cautelas de praxe, evidencie a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, afastando, assim, a caracterização de conduta culposa, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em razão de a mercadoria não ter chegado ao destino declarado na nota fiscal, não sendo dela exigível a fiscalização de seu itinerário.

2. A despeito da regularidade da documentação, se o fisco comprovar que a empresa vendedora intencionalmente participou de eventual ato infracional (fraude) para burlar a fiscalização, concorrendo para a tredestinação da mercadoria (mediante simulação da operação, por exemplo), poderá ela, naturalmente, ser responsabilizada pelo pagamento dos tributos que deixaram de ser oportunamente recolhidos.

3. Hipótese em que o acórdão estadual, por entender que a responsabilização da empresa vendedora independeria de sua boa-fé, deve ser cassado, para que, em novo julgamento da apelação, decida a questão à luz da existência ou não desse elemento subjetivo.

4. Embargos de divergência providos.

(EREsp 1657359/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018)

Assim, no caso, merecem ser providos os embargos de divergência para dar parcial provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o recurso de apelação seja novamente apreciado, considerando, para efeito de decidir a questão da responsabilidade tributária para o pagamento do diferencial de alíquota de ICMS, as alegações e as provas relacionadas com a existência ou não de boa-fé por parte da empresa vendedora, ficando, por conseguinte, prejudicada a análise das demais questões.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a e c*, e 255, I e III, do RISTJ, **CONHEÇO e DOU PROVIMENTO AOS EMBARGO DE DIVERGÊNCIA**, nos termos expostos.

Publique-se. Intime-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

