

Recurso Especial Cível nº 0071276-67.2016.8.19.0021

Recorrente: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS

Recorrido: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial tempestivo, fls. 460/471, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, interposto em face do acórdão da Oitava Câmara de Direito Público, fls. 430/447, assim ementado:

“AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR CONTA DE CREDITAMENTO EXTEMPORÂNEO DE ICMS PELA PETROBRÁS, COM APLICAÇÃO DE MULTA. CONSUMO DE COMBUSTÍVEL MARÍTIMO (“ÓLEO BUNKER”) NO ABASTECIMENTO DE NAVIO AFRETADO PELA PETROBRÁS. CONTRATO DE AFRETAMENTO POR TEMPO. TIME CHARTER PARTY – TCP. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DA AUTORA DE QUE, O COMBUSTÍVEL MARÍTIMO UTILIZADO NO ABASTECIMENTO DA EMBARCAÇÃO POR ELA ALUGADA, É ESSENCIAL À SUA ATIVIDADE-FIM, SE CARACTERIZANDO COMO INSUMO DO PROCESSO PRODUTIVO, DE MODO A POSSIBILITAR O APROVEITAMENTO NA FORMA DO ART. 20, § 1º DA LC 87/96. A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA AUTORIZA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE, BEM COMO O CREDITAMENTO DO ICMS COBRADO ANTERIORMENTE, QUANDO RELATIVA À OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE BENS PARA USO E CONSUMO NO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE. ART. 155, II, § 2º, I, DA CRFB, ARTS. 19, 20, § 1º, DA LC 87/1996, ART. 33, §§ 1º, 2º, 3º, DA LEI ESTADUAL 2.657/1996. INOBTANTE ASSEVERE A INICIAL QUE NÃO HÁ, NESTE CASO,

FATO GERADOR DO TRIBUTO, CABE CONSIDERAR QUE A REFERIDA EMBARCAÇÃO, DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO, A QUE SE DESTINO O COMBUSTÍVEL, FOI OBJETO DE AFRETAMENTO POR TEMPO, QUE, DE ACORDO COM O ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI Nº 9.432/1997, SE CARACTERIZA COMO “CONTRATO EM VIRTUDE DO QUAL O AFRETADOR RECEBE A EMBARCAÇÃO ARMADA E TRIPULADA, OU PARTE DELA, PARA OPERÁ-LA POR TEMPO DETERMINADO”. HIPÓTESE EM QUE A EMPRESA FRETADORA (PROPRIETÁRIA DA EMBARCAÇÃO) É A RESPONSÁVEL PELO APROVISIONAMENTO DA EMBARCAÇÃO, OU SEJA, PELO ABASTECIMENTO DE TODOS OS ITENS NECESSÁRIOS PARA QUE A EMBARCAÇÃO POSSA NAVEGAR, FORNECENDO AINDA MÃO-DE-OBRA ESPECIALIZADA, GERÊNCIA DA EMBARCAÇÃO E ASSUNÇÃO DE RISCOS. A POSSE DA EMBARCAÇÃO NÃO É TRANSFERIDA PARA A AFRETADORA. DESTE MODO, OS GASTOS COM COMBUSTÍVEIS PERTENCEM À FRETADORA. PORTANTO, CONQUANTO NÃO TENHA A PETROBRÁS (AFRETADORA) COLACIONADO AOS AUTOS O RESPECTIVO CONTRATO DE AFRETAMENTO QUE ORIGINOU O CREDITAMENTO DE ICMS ORA EM DISCUSSÃO, TEM-SE QUE, NESTE CASO, HOUE, A RIGOR, CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA ENTRE DUAS PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS, E, PORTANTO, FATO GERADOR DO ICMS, VISTO QUE O COMBUSTÍVEL POR ELA FORNECIDO, PARA O ABASTECIMENTO DA EMBARCAÇÃO, POR CERTO, CONSTITUI UM DOS FATORES A SER CONSIDERADOS PELOS CONTRATANTES, PARA A COMPOSIÇÃO DO CUSTO DO AFRETAMENTO DA EMBARCAÇÃO. IMPENDE DESTACAR QUE, NOS TERMOS DO ARTIGO 123 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, “SALVO DISPOSIÇÕES DE LEI EM CONTRÁRIO, AS CONVENÇÕES PARTICULARES, RELATIVAS À RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE TRIBUTOS, NÃO PODEM SER

OPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, PARA MODIFICAR A DEFINIÇÃO LEGAL DO SUJEITO PASSIVO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS CORRESPONDENTES". PROVIMENTO DO RECURSO."

Inconformado, em suas razões recursais, o recorrente alega violação aos artigos 2º, inciso II, da Lei nº 9.432/1997 e 123 do CTN. Sustenta que nos contratos de afretamento por tempo, o fretador não presta serviços de transporte, razão pela qual não havia que se falar em "abatimento no custo" desse tipo de serviço. Defende que o consumo de combustível próprio em embarcações afretadas por tempo à recorrente não configura ato de mercancia do qual decorra transferência de titularidade, na medida em que a posse do combustível não é transferida ao fretador.

Contrarrazões apresentadas às fls. 480/505.

É o brevíssimo relatório.

Na origem cuida-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS, ora recorrente, em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, recorrido, visando a anulação do auto de infração de ICMS de nº 03.410232-7, datado de 18/12/2014, no valor de R\$ 387.238,39, por conta do creditamento extemporâneo de ICMS e Multa. Sobreveio sentença de procedência dos pedidos autorais. Interposto o recurso, o Colegiado deu provimento ao recurso para julgar improcedentes os pedidos autorais.

Vejamos o que consta na fundamentação do acórdão recorrido:

"Destarte, cinge-se a controvérsia em aferir se a saída de combustível da PETROBRAS para o abastecimento da referida embarcação, configura fato gerador ou não para a incidência de ICMS.

Inicialmente, cumpre-me apreciar o requerimento formulado pela PETROBRÁS, em sede de contrarrazões, de anulação da sentença ante a não realização de prova pericial técnica por ela requerida.

Conforme já mencionado, a controvérsia da presente lide reside na legalidade ou não do ato de creditamento de ICMS realizado pela apelada por conta de combustível marítimo fornecido para o abastecimento de embarcação por ela afretada.

Como abaixo se verificará, a matéria ora em debate é unicamente de direito e não de fato, de modo que, conforme já havia sido deliberado na decisão constante do ind. 242, “não é necessário a produção de prova pericial para que um perito emita opinião do que seria objeto de creditamento de ICMS em operação de transferência interna utilizando transporte de terceiro”.

Analizando a questão posta, tenho que o recurso merece provimento. Como se sabe, o ICMS incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”, nos termos do art. 155, II, da CF/88. 24.

O parágrafo 2º, inciso I, do artigo supracitado, consagra o princípio da não-cumulatividade do referido imposto, estabelecendo a compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado, evitando-se, assim, a sobreposição de incidências múltiplas do ICMS ocorridas ao longo da cadeia produtiva.

(...)

Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), seguindo a diretriz do princípio da não-cumulatividade, garantido constitucionalmente,

permitiu ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, conforme se infere de seus artigos 19 e 20, in verbis:

(...)

Registre-se que a referida matéria foi objeto de Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida (Tema 346), tendo sido firmada a tese de que “Não viola o princípio da não cumulatividade (art. 155, §2º, incisos I e XII, alínea c, da CF/1988) lei complementar que prorroga a compensação de créditos de ICMS relativos a bens adquiridos para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte”.

Como se observa, a legislação tributária autoriza a aplicação do princípio da não cumulatividade, bem como o creditamento do ICMS cobrado anteriormente, quando relativa à operação de aquisição de bens para uso e consumo no próprio estabelecimento do contribuinte.

In casu, a autora pretende a anulação do auto de infração de nº 03.410232-7 (indexador 86), lavrado em seu desfavor pelo Fisco Estadual, em razão do indevido creditamento de ICMS, destacado na nota fiscal nº 458, série 3, escriturada em dezembro de 2012, emitida pela PETROBRÁS, com destino à própria empresa, referente a combustível (marine fuel) utilizado na embarcação STENA SPIRIT, afretada, no ano de 2007, para o transporte de produtos da empresa autora.

Sustenta, em síntese, que não houve circulação de mercadoria, tendo em vista que o combustível utilizado no abastecimento da embarcação alugada foi essencial no desempenho de suas atividades e porque foi por ela própria fabricado, não tendo sido adquirido por terceiros.

Portanto, a controvérsia neste feito cinge-se em averiguar se a autora faz jus ao aproveitamento do ICMS destacado

na referida nota fiscal, referente ao fornecimento de combustível marítimo para o abastecimento de embarcação por ela contratada para a realização de serviço de transporte de combustíveis.

Inobstante asseverar a inicial que não há, neste caso, fato gerador do tributo, cabe considerar que a referida embarcação, de propriedade de terceiro, a que se destinou o combustível, foi objeto de afretamento por tempo, que, de acordo com o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.432/1997, se caracteriza como “contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado”.

Pois bem. O presente recurso não será admitido.

Inicialmente, destaco que a análise do recurso fica prejudicada, uma vez que o acórdão recorrido possui fundamento constitucional e a ora recorrente não interpôs o cabível recurso extraordinário.

Nesse ponto, a admissão do recurso encontra óbice na **súmula nº 126 do STJ** (“*É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário*”).

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO ATACADO. SÚMULA N. 126/STJ. CARÁTER CONSTITUCIONAL DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O recurso especial não comportaria conhecimento, visto que a ilegitimidade da União foi analisada à luz de fundamento eminentemente constitucional, relativo à sua responsabilidade em razão de dano causado ao agravado.

2. *Ocorre, contudo, que a recorrente não interpôs o devido recurso extraordinário ao STF, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada na Súmula n. 126/STJ, que assim dispõe: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".*

3. *A ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da ação de indenização por dano moral e material foi decidida com fundamento eminentemente constitucional, o que torna o recurso especial via inadequada à reforma do julgado, em especial quando sopesado que não cabe a esta Corte avaliar se o Tema n. 793/STF foi bem ou mal aplicado pelo Tribunal de origem.*

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 2.109.204/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.)"

Ainda neste sentido, o detido exame das razões recursais revela que o recorrente, ao impugnar os acórdãos recorridos por ausência de título executivo extrajudicial e ilegitimidade passiva, pretende, por via transversa, a revisão de matéria de fato, apreciada e julgada com base nas provas produzidas nos autos, que não perfaz questão de direito, mas tão somente reanálise fático-probatória, inadequada para interposição de recurso especial.

Oportuno realçar, a esse respeito, o consignado no julgamento do AgInt no AREsp 816157 / DF, Relator Min. Francisco Falcão, DJ 13/5/2025: "[...] *infirmar os fundamentos do acórdão recorrido demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*"

Dessa maneira, pelo que se depreende da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que eventual modificação da conclusão do Colegiado passaria pela seara

fático-probatória, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, de modo que não merece trânsito o recurso especial, face ao óbice do **Enunciado nº 7 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** (*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*).

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL, EM RAZÃO DO NÃO ENQUADRAMENTO DO EMPREENDIMENTO AO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano moral indenizável, devendo haver consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico.

2. No caso sub judice, o Tribunal de origem consignou expressamente estar comprovada a extrema frustração suportada pelo promitente-comprador e assim a presença dos requisitos necessários à responsabilização da construtora ao pagamento dos danos morais decorrentes da rescisão unilateral do contrato.

3. Para rever tal conclusão seria imprescindível a incursão na seara probatória dos autos, o que não é permitido nesta instância especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.842.483/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 24/8/2021.) “

Outrossim, o detido exame das demais razões recursais revela, ainda, que o julgamento deste depende, essencialmente, da análise e interpretação de

contrato ajustado entre as partes, o que atrai a incidência do **Enunciado nº 5 da Súmula de jurisprudência do STJ** (*"A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial"*):

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. LITISCONSORTE. EXCLUSÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 1.015, VII, DO CPC/2015. LEGITIMIDADE PASSIVA. REVISÃO. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. No caso, não subsiste a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

3. É cabível agravo de instrumento - não apelação - contra decisão que exclui litisconsorte passivo da lide, com extinção parcial do processo.

4. Na hipótese, rever a conclusão da Corte de origem quanto à legitimidade passiva dos litisconsortes demandaria a análise e interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimentos inviáveis ante a natureza excepcional da via eleita, consoante disposto nas Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

5. A necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.670.768/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 23/9/2022.)"

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no art. 1.030, V do Código de Processo Civil, **INADMITO** o recurso especial interposto.



Publique-se.

Rio de Janeiro, 3 de março de 2026.

Desembargador **HELENO NUNES**
Terceiro Vice-Presidente