

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.431.198 - SP (2019/0011712-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**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 E OUTRO(S) -**  
**SP138094**  
**DIEGO VASQUES DOS SANTOS - SP239428**  
**AGRAVADO** : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PROCURADOR** : **MÁRCIO COIMBRA MASSEI E OUTRO(S) - SP150017**

**EMENTA**

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS. OMISSÃO SOBRE A BOA-FÉ DO VENDEDOR NAS OPERAÇÕES DE ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO CARACTERIZADA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

**DECISÃO**

Trata-se de agravo de decisão que não admitiu recurso especial de Química Amparo LTDA, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional e interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

APELAÇÃO - Embargos à execução fiscal - ICMS - Rejeição - Pretensão de reforma - Possibilidade, em parte - Preliminar de decadência afastada - Venda de mercadorias com cláusula FOB - Oposição da referida convenção particular para afastar responsabilidade tributária - Inadmissibilidade - Aplicação do art. 123 do CTN - Falta de prova suficiente da efetiva ocorrência de operações interestaduais - Não comprovação do recebimento da mercadoria pela adquirente - Empresa compradora inexistente, conforme verificado pelo fisco após diligências administrativas - Reforma da sentença, contudo, quanto à aplicação Lei Estadual nº. 13.918/09 no tocante aos juros de mora - Inconstitucionalidade da nova sistemática de juros de mora para os tributos e multas estaduais, decorrente da aplicação das inovações estabelecidas pela Lei Estadual nº. 13.918/09 - Necessidade de expurgo do excesso de juros, com a adoção da SELIC - Incidente de Inconstitucionalidade parcialmente acolhido, pelo Colando Órgão Especial deste Eg. Tribunal - Compatibilidade da lei paulista com a CF, desde que a taxa de juros adotada, seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim - Apelação da embargante a que se dá parcial provimento.

Opostos embargos de declaração, foram eles parcialmente acolhidos apenas para sanar erro material.

No recurso especial, a recorrente alega, além do dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos:

a) arts. 489, §1º, IV e VI, e 1.022, parágrafo único, do Código de Processo Civil, sustentando que o acórdão padece de omissões;

b) arts. 103, I, 106, 108, IV, 110, 112, 136 e 137, II, do Código Tributário Nacional e 373, I, do CPC, aduzindo que não há que se falar em responsabilização objetiva da recorrente, a qual agiu com boa-fé;

c) arts. 110, 121, 123 e 124 do Código Tributário Nacional, 492, 493, 494, 750 e 1.267 do Código Civil, 12 da Lei Complementar n. 87/96 e 373, I, do Código de Processo Civil, alegando não se aplica ao caso a norma do art. 123 do CTN, posto que resta comprovado que a recorrente tomou as cautelas devidas, não cabendo a ela a comprovação do destino da mercadoria;

d) subsidiariamente, arts. 128, 136 e 137, II, do Código Tributário Nacional, apontando falta de nexo de causalidade no que diz respeito à aplicação da multa, ou ainda, aplicação da razoabilidade e proporcionalidade a respeito do seu valor;

e) subsidiariamente, art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, sustentando decadência parcial.

Não houve contrarrazões.

Sobreveio juízo negativo de admissibilidade pelas seguintes razões: a) ausência de violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/15; b) conformidade do acórdão com o entendimento dessa Corte consolidado em sede de repetitivo com relação à decadência; c) insuficiência dos argumentos expendidos para infirmar as conclusões do *decisium* recorrido; d) inexistência de maltrato às normas enunciadas; e) incidência da Súmula n. 7/STJ; f) jurisprudência desse e-STJ quanto à cláusula FOB; g) óbice da Súmula n. 282/STF no que diz respeito à abusividade da multa; h) carência de dissídio jurisprudencial na alínea "c".

Insurge-se a parte agravante contra essa decisão, afirmando que, ao contrário do que supõe o juízo de admissibilidade, o recurso especial possui condições de admissão.

Não houve contraminuta pela parte agravada.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

A agravante impugnou o fundamento adotado na decisão de inadmissibilidade, razão pela qual, passo a análise do recurso especial.

Com relação à primeira omissão apontada pela parte, a insurgência merece prosperar.

A recorrente sustenta que o acórdão recorrido partiu de premissa jurídica equivocada ao extrapolar os limites da responsabilidade tributária. Alega que o *decisium* restou inerte com relação à tese de que sua responsabilidade, como vendedora de boa-fé, reside apenas na exigência da documentação pertinente à assunção da regularidade do adquirente, razão pela qual não incidiria ao caso o art. 136 do CTN.

No ponto, a Corte *a quo* alegou que (e-STJ fls. 1549/1552):

Afinal, cabia-lhe comprovar que as operações realmente ocorreram, ou seja, que houve a efetiva realização de operações interestaduais, com a saída das mercadorias a estabelecimento existente e regular, mas isso não restou demonstrado.

Não se pode aceitar o argumento no sentido de que a vendedora não pode

ser responsabilizada pelo comportamento da compradora da mercadoria por ter sido a venda realizada com cláusula "FOB".

Ainda que as operações tenham sido realizadas nessa modalidade, de todo modo, isso não altera a responsabilidade tributária da embargante, face ao disposto no artigo 123 do CTN.

[...]

E quanto à alegada verificação dos cadastros da empresa compradora, ao tempo das operações, tal fato também não socorre a embargante, até porque a sua suposta boa-fé não a exime da responsabilidade por infração à legislação tributária, que possui natureza objetiva, conforme dispõe o art. 136 do CTN:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou responsável e da efetividade ou natureza e extensão dos efeitos do ato.

Como se depreende, o Tribunal de Origem adotou o entendimento de que, nas operações interestaduais, o vendedor, ainda que de boa-fé, não se desonera da responsabilidade de comprovar a entrega da mercadoria declarada, sob pena de ser obrigado ao pagamento do diferencial de alíquota do ICMS, tendo em vista que a alegada cláusula FOB (*Free on Board*) não vincula o fisco.

Neste ponto, merece prosperar a ofensa do art. 1.022 do CPC, pois o Tribunal de origem não apreciou a tese segundo a qual, a empresa recorrente, suscita a sua boa-fé ao ter adotado as cautelas de praxe, evidenciando a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, o que poderia afastar, assim, a caracterização de conduta culposa, pois a *priori* 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 destino.

Como se depreende do cabedal processual a análise destes temas encontra-se prequestionada e representa questões necessárias para o deslinde da controvérsia posta nos autos. Ademais reitera-se a violação do art. 1.022 do CPC, quando a Instância *a quo* deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1.- Há omissão, com ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no julgado que deixa de examinar questão versada no recurso que lhe foi submetido, cuja apreciação era relevante para o deslinde da controvérsia. 2.- No caso, o Tribunal de origem foi omissos ao não se pronunciar acerca da prescrição da pretensão indenizatória, que teve por argumenta a alegação de que não podem ser chamados, em 2007, a indenizar valores relativos aos débitos listados na inicial, que dizem respeito ao período de 1982 e 1994. 3.- A nulidade do julgamento, por omissão, tem por pressuposto a necessidade de pronunciamento do juiz ou do Órgão colegiado sobre determinada questão relevante ao deslinde da controvérsia. 4.- Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014). "PROCESSO

CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Prestação jurisdicional deficiente. Anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração para que outro seja prolatado pelo tribunal a quo" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 867.641/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/04/2014).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, quando os temas suscitados nos embargos de declaração são indispensáveis ao deslinde da controvérsia e o Tribunal de origem não se pronuncia acerca de tais questões, mister a anulação do acórdão para que outro seja proferido, ante a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre a alegada violação do art. 10, inciso I, da Lei n. 10.833/2003. Retorno dos autos para novo julgamento dos embargos de declaração. Agravo regimental provido" (STJ, AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014).

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à Corte de Origem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**

Relator