

RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.670 - SP (2018/0209416-5)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : USINA ACUCAREIRA GUAÍRA LIMITADA
ADVOGADO : JOSÉ RENATO SANTOS E OUTRO(S) - SP155437
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA PAULA ANDRADE BORGES DE FARIA E OUTRO(S) - SP154738

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto por USINA AÇUCAREIRA GUAÍRA LIMITADA, em 19/02/2018, mediante o qual se impugna acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - Diferença de alíquotas - Operação interestadual - Mercadorias destinadas a outro Estado - Ausência de comprovação da efetiva realização da operação e da entrada dos produtos no estabelecimento de destino - Ausência de prova de que as mercadorias deixaram o Estado de São Paulo - Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado, nos termos do parágrafo único do artigo 23 da Lei Estadual nº 6.374/89. - Presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo que não foi afastada - Multa aplicada que comporta redução - Caráter confiscatório - Taxa de juros - Lei Estadual nº 13.918/09 - Taxa que deve ser igual ou inferior à utilizada pela União - Reexame necessário e recurso de apelação parcialmente providos" (fl. 405e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 438/447e).

No Recurso Especial, manejado com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se a existência de dissenso pretoriano e violação aos arts. 11, **caput**, 489, § 1º, IV, 1.022, I e II, parágrafo único, II, do CPC e 123 do CTN.

Sustenta-se, no que ora importa, o seguinte:

"Do atento exame deste feito indubitavelmente constata-se que a conduta da Recorrente não se coadunou com a acusação de prática sonegatória formulada pela Procuradoria, pois a realidade demonstrada é que operações comerciais efetivamente houveram, com saídas das mercadorias do estabelecimento produtor, escrituração fiscal, a utilização do sistema bancário para recebimento do preço, a pesquisa em cadastro oficial cujas respostas indicavam habilitação da Jetgás nas ocasiões das vendas (situação

fática devidamente descrita pela r. sentença de primeiro grau).

E há que se frisar a perfeita adequação dos fatos em exame ao entendimento recorrentemente professado por este e. Superior Tribunal de Justiça em questões do mesmo jaez, decorrentes de operações comerciais realizadas sob atendimento de boas práticas comerciais, com consultas a banco de dados oficiais - cuja fidedignidade foi surpreendentemente desafiada pelo próprio Fisco em seu interesse.

Ora, provou a Recorrente ter praticado os atos que são possíveis aos contribuintes, que não possuem poder de polícia estatal para promover investigação mais aprofundada com que negocia.

Permanece assim a irresignação em face da decisão recorrida, pois lá foram examinadas razões apenas do polo fazendário, calando-se quanto à argumentação que, a seu ver, é suficiente para que seja mantida a r. decisão de primeiro grau, exoneratória. Em consequência - este é o entendimento da Recorrente - não ocorreu a correta prestação jurisdicional e, face às omissões verificadas, somadas a afrontas a textos legais, está autorizado o prosseguimento desta demanda pela via especial.

Claramente faz-se presente situação que clama retorno do processo ao Tribunal de Justiça de São Paulo para que seja refeito o julgamento contra o qual volta-se este recurso. E o que passa a expor mediante argumentação preliminar de que o r. acórdão recorrido, ao desprezar razões de defesa constantes das contrarrazões à apelação fazendária, arroladas acima, incorreu em vício de ausência de fundamentação e negativa de vigência aos artigos 11, 489, § 11 e seus incisos, e 1.022 e seus incisos e parágrafo único, do Código de Processo Civil, o que reclama anulação do julgado e retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para novo julgamento" (fl. 457e).

Requer-se, por fim, "o regular recebimento e admissão deste recurso especial, que deve ser provido para determinar a devolução do feito ao Tribunal de Justiça de São Paulo a fim de que sejam supridas as omissões apontadas, e, caso apreciado o mérito, seja integralmente provido para determinar o cancelamento da exigência fiscal e as cobranças acessórias de multas e juros, imputadas as verbas de sucumbência Recorrida, inclusive honorários recursais" (fl. 491e).

Sem contrarrazões.

Recurso Especial admitido (fl. 580e).

O presente recurso merece prosperar.

Está devidamente caracterizada a omissão, no acórdão recorrido.

Dessarte, embora o Tribunal de origem tenha sido instando, inclusive mediante Embargos de Declaração, a examinar a alegação de que, no caso, a ora

recorrida não poderia ser tributariamente responsabilizada, sequer a título de culpa, pela suposta tredestinação da mercadoria – que deveria ter sido transportada, pela própria compradora, segundo cláusula FOB, para outro Estado, de modo a justificar a incidência da alíquota reduzida de ICMS –, quedou-se, aquele Sodalício, silente.

Nos termos da atual jurisprudência do STJ, não é possível excluir, automaticamente, a boa-fé da vendedora, em casos que tais, com base, tão-somente, na constatação de que a mercadoria não fora transportada para outro Estado, sendo imprescindível perquerir se a vendedora cercou-se, ou não, dos cuidados de praxe, na celebração do contrato, de modo a evidenciar (ou afastar) sua boa-fé na operação.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO DEVEDOR. BOA-FÉ. AFERIÇÃO. NECESSIDADE.

I - De acordo com o precedente unânime firmado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (EResp n. 1.657.359/SP), a empresa vendedora, desde que agindo com boa-fé na concretização do negócio jurídico, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em decorrência do não recebimento da mercadoria comercializada no domicílio do comprador situado em outro Estado da Federação.

II - No caso, o julgador 'a quo' assentou que a responsabilização da empresa vendedora não dependeria da apuração de boa-fé, razão pela qual, o acórdão recorrido deve ser anulado com o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que haja novo julgamento da apelação, nos termos estipulados no mencionado precedente da Primeira Seção desta Corte Superior.

III - Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial" (STJ, AREsp 1.244.583/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2018).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO. EMPRESA VENDEDORA DE BOA-FÉ. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NÃO CABIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. 'In casu', aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - **A empresa 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. Precedentes.**

III - Revela-se cabível ao Fisco responsabilizar a empresa vendedora pelo pagamento de tributo não recolhidos, se, não obstante a regularidade da documentação, comprovar a sua participação em eventual ato infracional (fraude), concorrendo para a tredestinação da mercadoria.

IV - A Agravante não apresentou argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido" (STJ, AgInt no REsp 1.734.458/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/08/2018).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao Recurso Especial, de modo a determinar, ao Tribunal de origem, o rejuízo dos Embargos de Declaração, opostos naquela instância, com o exposto enfrentamento da questão concernente à existência, ou inexistência, de boa-fé, por parte da ora recorrente, na celebração do negócio jurídico em comento, segundo os parâmetros estabelecidos pela atual jurisprudência do STJ.

I.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora