AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 661.268 - SP (2015/0007762-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-ACUCAR, ACUCAR E ALCOOL DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADOS	:	HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP020309 CAMILA ALONSO LOTITO DE CASTRO - SP257314 MARCELO KALTER HIROSE SILVA E OUTRO(S) - SP330024
AGRAVADO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	PAULO GONCALVES DA COSTA JR E OUTRO(S) - SP088384

DECISÃO

Trata-se de Agravo interno, interposto pela COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇUCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO, na vigência do CPC/2015, contra decisão de fls. 4.404/4.414e, de minha lavra, que conheceu do Agravo, para negar provimento ao Recurso Especial interposto, ante a ausência de omissão no acórdão recorrido, a incidência das Súmulas 280 do STF e 7 do STJ, bem como porque o acórdão recorrido encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte.

Inconformada, sustenta a parte agravante, em síntese, que:

> "(i) a matéria trazida à baila no recurso especial é exclusivamente de direito, limitando-se a definir se a Agravante, tendo vendido e entregue mercadoria a empresa que até então se mostrava regular, pode ser responsabilizada por não ter a compradora, supostamente, levado o bem ao destino por ela declarado. Trata-se de qualificação jurídica diante dos fatos incontroversos e não de revisão dos próprios fatos, conforme já reconheceu esse Eg. STJ em casos idênticos, bastando definir se o vendedor de boa-fé pode ser responsabilizado por não ter o comprador dado à mercadoria o destino declarado;
> (ii) o tema em debate não se prende à lei local (artigos 23, §§ 3º e 4º da Lei Estadual nº 6.374/89). No presente caso, importa saber se a responsabilidade pelo diferencial de ICMS pode ser atribuída ao vendedor que de boa-fé procedeu a regular operação interestadual; e
> (iii) no mérito, a cláusula FOB é indiferente para a solução da controvérsia. Importa saber se há qualquer conduta da vendedora que lhe atribua a sujeição passiva pelo diferencial de alíquotas, tal como recentemente declarado pela 1ª Seção desse Eg. STJ ao examinar o tema de que se cuida.
> (iv) por fim, quando menos, o acórdão recorrido deve ser anulado para que, em atenção ao art. 535 do CPC/73, todas as questões de direito e de fato suscitadas nos aclaratórios de fls. 4037/4041 sejam

> objeto de expressa manifestação pelo Tribunal de origem" (fl. 4.420e).

Por fim, requer a "RECONSIDERAÇÃO da decisão agravada para que seja conhecido e provido o seu recurso especial ou, quando menos, para que seja determinado o retorno dos autos à origem para que o Tribunal *a quo* se manifeste sobre todas as nulidades apontadas. Caso assim não se entenda, pugnam pelo recebimento destas razões como AGRAVO INTERNO, com o consequente julgamento pela Col. 2ª Turma" (fl. 4.430e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 4.437/4.440e, pelo não conhecimento do recurso ou pelo seu improvimento.

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pela parte agravante, reconsidero a decisão de fls. 4.404/4.414e e passo, a seguir, a um novo exame do Recurso Especial.

Trata-se de Agravo, interposto pela COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇUCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO, mediante o qual se impugna acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> "AÇÃO ANULATÓRIA - AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA - ICMS - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - ALÍQUOTA REDUZIDA.
> Independentemente da regularidade dos lançamentos contábeis e da forma de contratação – operação FOB –, cumpre ao remetente da mercadoria comprovar, de forma cabal, a saída interestadual, o que não se fez no caso (art. 23, § 4º, da Lei Estadual n° 6.374/89). Recurso provido" (fl. 4.024e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 4.047/4.052e).

Nas razões do Recurso Especial, aponta a insurgente, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 535, I e II, do CPC/73, 110, 112, 121, 124, 135, 136 e 137 do CTN, 11, I, **c,** e 12, IV, da Lei Complementar 87/96, 1.127 e 1.128 do Código Civil/16 e 492 e 494 do Código Civil/2002.

Sustenta-se, em síntese, que:

> "A questão em discussão nos autos envolve o exame da possível atribuição, à Recorrente, da responsabilidade pelo pagamento do ICMS e de multa pelo fato de ter realizado operação interestadual cujas mercadorias, supostamente, não teriam saído do território do Estado.
> Tal questão é posta em face do art. 36, § 4° do Regulamento do ICMS, que estabelece:

> 'Presume-se interna a operação caso o contribuinte não comprove a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou a sua efetiva exportação'.

O dispositivo em questão repete o conteúdo do art. 23, §3°, da Lei Estadual n° 6.3 74/89.

Diz a fiscalização, nos Autos de Infração objeto da presente ação ordinária, que as empresas destinatárias seriam inidôneas e não teriam condições de ter recebido a mercadoria. Por isso, presumiu, mesmo sem jamais ter sido localizada a mercadoria, que a venda teria sido interna, cobrando da Recorrente a diferença de ICMS (alIquota interna X interestadual).

o v. acórdão, ao admitir tal entendimento, acabou por violar os arts. 121 e 124, do CTN, que estabelecem que a atribuição de responsabilidade a quem não se reveste da condição de contribuinte depende de expressa previsão legal que, na hipótese, não existe. Somente o adquirente da mercadoria pode ser considerado contribuinte do imposto devido por eventual operação interna, por ser o único que tem a 'relação pessoal e direta com o fato gerador' de que trata o art. 121, § único, I, do CTN. Por outro lado, exigir da Recorrente o pagamento do crédito tributário de que ora se cuida importaria criar hipótese de responsabilidade solidária não prevista em lei, ao arrepio do art. 124, I, do CTN, segundo o qual são solidariamente obrigadas 'as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal'.

Com efeito, alega a Fazenda do Estado, no que foi referendado pelo v. acórdão recorrido, que o disposto no art. 36, § 4°, do RICMS importaria uma presunção de ocorrência de operação estadual praticada pelo vendedor, quando não comprovada a saída física do Estado, ainda que o transporte tenha ficado a cargo do adquirente. Não sendo comprovada a saída da mercadoria do território paulista, seria do vendedor a responsabilidade pelo pagamento da diferença de ICMS supostamente devida.

Entretanto, este dispositivo não cuida de sujeição passiva – isto é, de imputar ao vendedor a responsabilidade pelo pagamento da alíquota interestadual –, mas apenas do local da operação para o efeito de identificar-se o sujeito ativo da obrigação tributária, isto é, se é São Paulo ou outro Estado.

Realmente, o art. 36, § 4°, encartado no Capítulo I do RICMS/SP, 'Do Local da Operação ou da Prestação', cuida, em sua integralidade, de local da operação. Regula, inclusive, em seu § 2°, operações interestaduais com mercadorias armazenadas em São Paulo, indicando expressamente que, embora quem pratique a operação (a transferência da propriedade) seja empresa de outro Estado,

considera-se ocorrido o fato gerador em São Paulo.

Foi o que restou decidido, inclusive, na Consulta n° 663/04 da Secretaria da Fazenda (cópia à fl. 1.354 dos autos), na qual se firmou o entendimento de que o sujeito ativo da obrigação tributária é o Estado em que tenha ocorrido o trânsito físico da mercadoria, sendo regularmente lícito que o contribuinte de um Estado comercialize mercadorias entre dois pontos (estabelecimentos) de outro Estado, lhe pagando o ICMS pela alíquota interna cabível.

Trata-se, aliás, de hipótese expressamente regulada pelo RICMS-SP, cujo artigo 115, VI determina que o ICMS devido ao Estado de São Paulo, atinente a 'operação eventual realizada por contribuinte de outro Estado com mercadoria existente em território paulista', deva ser recolhido por referido contribuinte, no mo r nto da saída da mercadoria ou da operação, por guia de recolhimentos especiais.

Portanto, nada impedia que o adquirente optasse por revender a mercadoria no território paulista, sendo de sua exclusiva responsabilidade o recolhimento da diferença de ICMS.

Ademais, o art. 12, IV da LC n° 87/96 prescreve que incide o ICMS na transmissão da mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não transita pelo estabelecimento transmitente – justamente a hipótese aventada nos presentes autos –, ao passo que o art. 11, I, 'c', da mesma lei diz que, nesse caso, o 'local da operação' é o do estabelecimento que transmite a propriedade.

Assim, se, no caso em exame, as mercadorias tiverem sido eventualmente entregues pelos compradores a outros estabelecimentos situados em São Paulo, tal medida seria lícita, competindo a eles, compradores, o recolhimento do ICMS pela alíquota interna relativamente a essa operação, como previsto no art. 115, VI, do RICMS, antes citado.

Portanto, não apenas os arts. 121 e 124, do CTN, não preveem a responsabilidade do vendedor em casos como o presente, em que o local de entrega é modificado, sem o seu conhecimento, pelo adquirente, como a própria LC n° 87/96, nos dispositivos citados (arts. 11, I, 'c' e 12, IV), igualmente violados pelo v. acórdão recorrido, admite a transferência da propriedade da mercadoria mesmo sem o trânsito físico pelo estabelecimento do comprador, restando-lhe, contudo, a responsabilidade exclusiva pelo pagamento do imposto sobre essa operação.

Vê-se, assim, que o art. 36 do RICMS/SP especifica as hipóteses onde se dá o local da operação e, em seu § 4°, estabelece que, quando não houver saída no território do Estado, a operação se considera interna. Com isso não determina, contudo, que se deva considerar alguém como o responsável pelo pagamento do imposto ou o sujeito passivo direto desse imposto. Apenas diz que a operação se qualifica como interna.

O sujeito passivo da obrigação fiscal atinente à operação interna eventualmente verificada será aquele que a tenha praticado, observando-se que, uma vez entregue a mercadoria pela Recorrente (tradição), não tinha ela interesse nem possibilidade de 'seguir' a mercadoria até o final, já que eventual entrega, pelo comprador, em local diverso daqueles indicados nas Notas Fiscais atribuiria somente a ele a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido nesta segunda operação.

Se tanto não bastasse, é pacífico o entendimento deste Eg. STJ no sentido de que a matéria atinente à responsabilidade tributária somente pode ser veiculada por lei complementar (REsps ns. 749.034, 748.445, 736.879 e 717.717, além do recente AgRg no Ag 1.359.23, dentre outros), sendo certo que, conforme retro demonstrado, não há qualquer disposição no CTN ou na LC n° 87/96 (nem mesmo na legislação paulista) que atribua ao vendedor a responsabilidade sequer solidária em casos como o presente. No mesmo sentido, já se pronunciou o Plenário do Col. Supremo Tribunal Federal.

Assim, não constando quer do CTN, quer da LC n° 87/96 qualquer disposição atribuindo ao contribuinte de um Estado a responsabilidade de demonstrar que a mercadoria ultrapassou as fronteiras, sob pena de exigência do diferencial de alíquota, não há como se atribuir a responsabilidade à Recorrente (que não possui relação com o fato gerador e somente poderia responder caso tivesse descumprido os seus próprios deveres, o que não se verifica na hipótese).

De outro lado, com respeito à Cláusula FOB, é certo que não basta ao contribuinte alegar simplesmente que a venda foi contratada com a cláusula 'FOB' para se eximir de eventuais responsabilidades. É sabido que as convenções particulares não são oponíveis ao Fisco (art. 123, do CTN).

A questão, entretanto, precisa ser melhor contextualizada.

Realmente, é óbvio que, se comprovada a desídia do contribuinte paulista (vendedor) na verificação da regularidade da operação ou na qualidade do comprador, ou a ocorrência de 'culpa in eligendo' ou 'in vigilando', poder-se-ia, em tese, atribuir-lhe a responsabilidade pelo pagamento do imposto eventualmente devido.

Quando o vendedor, seja em operação interna, seja em interestadual, não tem o cuidado de verificar a regularidade da empresa com quem contrata, pode ser responsabilizado pelas consequências advindas da não consumação do negócio jurídico (p. ex, estorno do crédito, complemento do pagamento do imposto etc.).

A avaliação da responsabilidade do contribuinte em situações como a presente depende, portanto, de verificação criteriosa quanto a ter o vendedor adotado as cautelas legais para certificar-se da

regularidade da operação e da qualidade do vendedor.

Dito de outro modo, é ônus do vendedor produzir as provas necessárias para elidir a presunção em que se fundamenta o art. 36, § 4°, do RICMS/SP, observando-se que, por se tratar de presunção relativa, tais provas devem ser de possível realização, sob pena transformar-se em presunção absoluta, vedada no Direito Tributário.

Logo, não há como se exigir do contribuinte paulista a prova de que a mercadoria foi entregue no local de destino, ou mesmo que adentrou no território de destino (mediante o carimbo nas Notas Fiscais, pelo Posto Fiscal de Fronteira), tendo em vista que, se o transporte ficou a cargo do comprador, somente ele possui tal documento (e, certamente, se desviou o local de entrega, não teria como fazer a prova exigida pelo Fisco, assumindo a responsabilidade pelo ilícito, assunto que se comentará no item seguinte).

A documentação necessária para comprovar a existência de operação interestadual é aquela que demonstra, jurídica e formalmente, que uma empresa de outro Estado, regularmente cadastrada nos órgãos públicos, contratou a compra da mercadoria.

(...)

No caso em exame, restou cabalmente comprovado nos autos, inclusive pelo laudo pericial apresentado que a Recorrente adotou todas as cautelas possíveis para certificar-se da regularidade da operação interestadual que lhe foi contratada.

Nesse sentido – e observando-se que a constatação ora feita não implica reexame provas (até porque a existência de tais documentos foi reconhecida na instância de origem e a Fazenda do Estado jamais elidiu a sua autenticidade ou validade) –, Recorrente recebeu pedidos de compra oriundos de estabelecimentos situados em outros Estados (fls. 649/733). As operações, portanto, foram contratadas por empresa de outro Estado, eram interestaduais.

Antes de fechar o negócio, a Recorrente verificou a regularidade fiscal das destinatárias junto à Receita Federal (mediante consulta no CNPJ) e à Secretaria da Fazenda do Estado de destino, sendo que todos os 'SINTEGRA' – cadastro atualizado pelo próprio Fisco (cf. Convênio ICMS n° 20/2000)' – apontavam sua regular habilitação. Verificou, ainda, a autorização de funcionamento das empresas adquirentes junto à Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia responsável pela fiscalização das distribuidoras de combustíveis (fls. 375/846 e 847/923).

Ainda no âmbito da adoção das cautelas, as mercadorias somente foram disponibilizadas para retirada após o pagamento bancário e identificado da compra (comprovantes de depósito juntados às fls. 925/1.191). Em todos os recibos de pagamento constam o nome das próprias adquirentes.

Além disso, a Recorrente recebeu regularmente, das adquirentes, as

Ordens de Carregamento da mercadoria, com a identificação dos transportadores por ela contratados, tendo conferido o carregamento dos veículos antes do início do transporte .e da efetiva entrega do bem, mediante assinatura dos motoristas dos caminhões nas vias das Notas Fiscais, juntadas aos autos (fls. 1.193/1.352).

Em reforço, destaque-se que o laudo pericial produzido no feito (fls. 2.449/3.475) atestou conclusivamente a existência das operações e a adoção das cautelas pela Recorrente. É o que se observa dos seguintes trechos: 'a Copersucar adotou vários procedimentos visando resguardar a transparência das operações de venda em questão, não havendo nenhum documento que ateste outros procedimentos que pudessem ter sido adotados pela Autora quanto à realização de suas.operações' (fl. 2.473) e 'não há dúvidas de que as empresas indicadas como destinatárias das notas fiscais de venda futura foram de fato as adquirentes dos produtos' (fl. 2.476).

Portanto, constatada a legitimidade das adquirentes em todos os aspectos, bem com o a normalidade do negócio, a Recorrente procedeu à venda, até porque a recusa na formalização do negócio poderia lhe acarretar sanções de diversos tipos (cf. art. 11, 'b', da Lei Delegada nº 4/62).

(...)

Registre-se que nunca houve qualquer dúvida acerca da boa-fé da Recorrente e da efetiva realização das operações em causa com a empresa indicada como adquirente (a qual, repita-se, procedeu ao pedido de compra, ao pagamento do preço e à retirada/transporte da mercadoria), tratando-se de matéria incontroversa. Em reforço, destaque-se o seguinte trecho do laudo pericial produzido no feito: 'da análise dos documentos examinados não há indícios de que a Copersucar tenha agido de ma-fé ou que tenha de alguma forma participado de qualquer procedimento, supostamente irregular, adotado pelas distribuidoras adquirentes do álcool. Todos os registros e documentos referidos nas respostas aos quesitos anteriores demonstram que a Copersucar agiu corretamente, tomando as cautelas versadas na prática usual do mercado' (tl. 2.499).

(...)

De tudo o quanto foi exposto, constata-se que o v. acórdão admitiu a responsabilidade Recorrente em situação não prevista em Iei. Se houve alguma operação interna, ou o desvio no local de entrega do bem, a sujeição passiva poderia recair unicamente ao contribuinte responsável por tal conduta.

(...)

Como já exaustivamente demonstrado, a Recorrente recebeu pedidos de compra de empresas situadas em outros Estados.

Verificada a plena regularidade das mesmas, a Recorrente procedeu à entrega do bem aos transportadores indicados nas Ordens de

Carregamento emitidas pelas adquirentes. Posteriormente, apontou a fiscalização que as empresas adquirentes seriam supostamente inidôneas, porque sequer teriam condições de receber a mercadoria (o que, 'venia concessa', nem se põe no caso concreto, pois, conforme antes referido, o álcool hidratado, via de regra, não é armazenado pelo estabelecimento distribuidor adquirente, mas sim entregue diretamente aos postos de combustíveis).

Ocorre que, ainda que a mercadoria não tenha sido entregue nos Estados indicados como destinatários – o que sequer o Fisco pode apontar, porque o bem jamais foi localizado – a eventual entrega em local diverso daquele contratado e apontado nas Notas Fiscais somente poderia acarretar consequências de natureza tributária aos próprios responsáveis pelo ilícito apontado, vale dizer, ao comprador (se provada sua participação), aos transportadores (igualmente se houver prova) ou mesmo ambos, se demonstrado que agiram em conluio.

Com efeito, nos termos do disposto no art. 1.127 do Código Civil antigo (cuja redação, reproduzida no art. 492, do Código atual), 'Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador'. Logo, operada a tradição encerra-se a responsabilidade do vendedor, recaindo ao comprador, unicamente, a responsabilidade pelos bens (exceto no que respeita aos vícios redibitórios, que não se põem ao caso).

(...)

Resulta claro, assim, que a Recorrente, uma vez entregue a mercadoria aos transportadores indicados pela adquirente, nada mais poderia fazer para assegurar o correto local de entrega (observando-se que, previamente às operações, como já demonstrado, assegurou-se da plena regularidade da adquirente, não havendo motivos para supor, à época, que a mesma viria a ter sua idoneidade questionada), mesmo porque, conforme antes exposto, nada impedia que os adquirentes, licitamente, revendessem a mercadoria no próprio território paulista (item 3.3 do presente recurso).

(...)

A fiscalização paulista em nenhum momento acusa a Recorrente de ter participado de qualquer fraude. Os Autos de Infração, bem como as decisões proferidas no âmbito administrativo, fundamentam-se no já citado art. 36, § 4°, do RICMS. Nem poderia ser diferente, haja vista as provas juntadas aos autos, que comprovam a mais soluta boa-fé da Recorrente (corroborada pelo laudo pericial produzido no curso desta ação).

(...)

Tais constatações implicam o reconhecimento de que, se alguém (comprador, transportador ou ambos, em conluio) desviou

> dolosamente o local de entrega do bem, somente dele pode ser exigido o suposto imposto complementar (diferencial de alíquota) e, em especial, a penalidade (multa)" (fls. 4.094/4.105e).

Aduz, ainda, que o acórdão recorrido padeceria de omissão, porquanto teria deixado de examinar as seguintes alegações: a) necessidade de previsão de responsabilidade tributária por lei complementar; b) definição legal do estabelecimento transmitente como "local da operação"; c) impossibilidade de alteração, pela lei tributária, de definições do Direito Civil; d) impossibilidade de responsabilização solidária de quem atuou de boa-fé; e) impossibilidade de apresentação de prova inacessível ao contribuinte.

Requer, por fim, "seja conhecido e provido o presente Recurso Especial, para o fim de ser reformado o v. acórdão recorrido e julgada integralmente procedente a ação, caso antes não se decida pela anulação da r. decisão em razão da rejeição indevida dos Embargos de Declaração" (fl. 4.115e).

Contrarrazões às fls. 4.210/4.238e.

Recurso Especial inadmitido (fls. 4.271/4.272e), o que deu ensejo à interposição de Agravo (fls. 4.277/4.293e).

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 – uma vez que atuou de boa-fé –, quedou-se, aquele Sodalício, silente.

Nos termos da atual jurisprudência do STJ, firmada pela Primeira Seção desta Corte, 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 perquirir 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.

Este é o acórdão do julgado mencionado:

> "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" (STJ, EREsp 1.657.359/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/03/2018).

No mesmo sentido, 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, reconsidero a decisão de fls. 4.404/4.414e e, com fundamento no art. 255, § 4°, III, do RISTJ, **dou provimento** ao Recurso Especial, de modo a determinar, ao Tribunal de origem, o rejulgamento da matéria, com o enfrentamento da questão acerca da existência ou não do referido elemento subjetivo, segundo os parâmetros estabelecidos pela atual jurisprudência do STJ.

I.

Brasília/DF, 08 de abril de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora