

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.051 - SP (2019/0082810-0)**

**RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA**

**RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S.A**

**ADVOGADOS : SERGIO FARINA FILHO - SP075410**

**RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169**

**OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO BERTOLINO E  
OUTRO(S) - SP243801**

**RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PROCURADOR : PAULO ALVES NETTO DE ARAÚJO E OUTRO(S) -  
SP122213**

**DECISÃO**

**Vistos.**

Trata-se de Recurso Especial interposto por **MAKRO ATACADISTA S.A.**, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 455e):

***EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL*** - Auto de infração lavrado em razão de diferença de ICMS, decorrentes da presunção de que as mercadorias vendidas pela embargante para a empresa com sede no Estado do Maranhão, não foram entregues no estabelecimento destino Responsabilidade da vendedora comprovar que a mercadoria chegou ao destino Ausência de prova de que as mercadorias chegaram ao destino em Tocantins Sentença de parcial procedência mantida Preliminares afastadas e recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 477/480e).

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

(i) Arts. 489, §1º, IV e VI, e 1.022, II, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015 – "Não há dúvidas de que o V. Acórdão recorrido deixou de analisar as questões fundamentais do recurso interposto pela Recorrente, contrariando os artigos 489, § 1º, incisos IV e VI e 1.022, inciso II e Parágrafo Único, inciso II, do CPC/15, pois deixou de se pronunciar acerca da falta de provas de que as mercadorias não saíram do Estado de São Paulo e, principalmente, a questão da responsabilidade do vendedor de boa-fé, no destino da mercadoria transportada pelo comprador, nos termos

dos precedentes proferidos por esse C. STJ" (fl. 493e);

(ii) Arts. 108, 122, 121, 124, 135, 136 e 137 do Código Tributário Nacional - "O fato de a Recorrente agir de boa-fé, não entregar as mercadorias, emitir a correspondente nota fiscal e adotar todas as cautelas antes de fechar as operações, não poderiam ser considerados irrelevantes pelo Acórdão recorrido e, afastam a responsabilização da Recorrente pela eventual destinação diversa da carga, eventualmente desviada pelo comprador, em operação subsequente, após retirada das mercadorias do estabelecimento comercial da Recorrente." (fl. 495e). "[...] é importante esclarecer que as notas fiscais das operações comprovam que as vendas são efetuadas com cláusula FOB, pela qual cabe exclusivamente ao cliente a aquisição, retirada e o transporte das mercadorias até o destino final, indicado na nota fiscal." (fl. 504e).

Com contrarrazões (fls. 614/616e), o recurso foi admitido (fls. 630/632e).

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

Nos termos do art. 932, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015, combinados com os arts. 34, XVIII, *b* e *c*, e 255, I e II, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, respectivamente, a:

*i*) negar provimento a recurso ou pedido 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; e

*ii*) 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.*

Consoante o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O Código de Processo Civil considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas em seu art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, *vi)* deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado. Esposando tal entendimento, o precedente da Primeira Seção desta Corte:

***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.***

*1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.*

*2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art.*

*489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.*

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisor.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI - DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO -, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

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, merecer ser provido recurso especial, para determinar o retorno dos autos, a fim de que o tribunal de origem reexamine o recurso de apelação, decidindo a questão da responsabilidade tributária com base na existência ou não de boa-fé da empresa vendedora.

Isto posto, com fundamento nos arts. 932, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *b* e *c*, e 255, I e III, do RISTJ, **CONHEÇO E DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Especial, para determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem, a fim de que o recurso de apelação seja novamente apreciado, considerando, para efeito de decidir 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.

Publique-se e Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

**MINISTRA REGINA HELENA COSTA**

Relatora