

# Superior Tribunal de Justiça

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.689.975 - SP (2017/0178118-2)**

**RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA**

**EMBARGANTE : 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 - SP138094**

**DIEGO VASQUES DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP239428**

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

**PROCURADOR : MARCELO ROBERTO BOROWSKI E OUTRO(S) - SP123352**

## DECISÃO

### Vistos.

Trata-se de Embargos de Divergência interposto por **QUÍMICA AMPARO LTDA.** com base nos arts. 1.043 do Código de Processo Civil e 266 do Regimento Interno desta Corte, contra acórdão proferido pela 2ª Turma, assim ementado (fls. 1.528/1.529e):

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS INTERESTADUAL. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DA ALÍQUOTA DO ICMS. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. CLÁUSULA FOB. Oponibilidade perante a Fazenda. ART. 123 DO CTN. DESCABIMENTO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.**

1. A Corte regional, ao dirimir a controvérsia, concluiu que a recorrente não comprovou a saída da mercadoria do território paulista, motivo pelo qual lhe imputou a responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher, bem como da multa daí resultante.

2. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, visto que a instância a quo utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal entendimento. Aplicação da Súmula 7/STJ.

3. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ de que a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tendo validade

# *Superior Tribunal de Justiça*

*somente entre as partes e não contra o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.*

*4. Ademais, decidido o caso a partir da interpretação da legislação estadual referente à matéria (art. 36 do RICMS), torna-se inviável a análise do caso concreto por este Tribunal Superior, a quem não cabe rever a aplicação ou não de lei local. Aplicação da Súmula 280/STF.*

*5. No que se refere ao pedido de anulação do acórdão recorrido pela suposta ofensa ao art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, não se pode conhecer da irresignação, pois o referido dispositivo legal não foi objeto de debate pelo julgado estadual. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.*

*6. Agravo Interno não provido.*

A Embargante aponta, em síntese, a existência de dissenso entre o acórdão embargado e os EREsp n. 1657359/SP e REsp 1305856/SP.

Nas razões recursais, alega-se, em síntese, que a responsabilização do vendedor de boa-fé pelo pagamento do diferencial de alíquota do ICMS, entre a interestadual efetivamente paga e a interna exigida pelo fisco, em razão de a mercadoria não ter chegado no informado Estado de destino do comprador não se decidiria à luz do artigo 123 do CTN, mas sim da análise dos artigos 121 e 136 daquele mesmo diploma.

Impugnação às fls. 1.683/1.689e.

## **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, III e V, do Código de Processo Civil de 2015, combinados com os arts. 34, XVIII, *a* e *c*, e 255, I e III, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, respectivamente, a não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, bem como a 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

# Superior Tribunal de Justiça

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.*

Observo configurada a divergência no ponto em que o acórdão embargado confirmou o aresto regional o qual concluiu que "ainda que a embargante tenha agido de boa-fé, não há como aplicar às operações em discussão a alíquota prevista para operações interestaduais como pretende, pois os autos não contêm prova do ingresso das mercadorias no estabelecimento do comprador em Mato Grosso do Sul" (fl. 1.533e).

Com efeito, 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*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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, merecem ser providos os embargos de divergência para dar parcial provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o recurso de apelação seja novamente apreciado, considerando, para efeito de decidir a 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.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a e c*, e 255, I e III, do RISTJ, **CONHEÇO e DOU PROVIMENTO AOS EMBARGO DE DIVERGÊNCIA**, nos termos expostos.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora