

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.838.673 - SP (2019/0278884-1)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES**
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 : **CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO E OUTRO(S) - SP118936**

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto por MAKRO ATACADISTA S/A, mediante o qual se impugna acórdão, proferido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"ICMS - Embargos à Execução Fiscal - CERCEAMENTO DE DEFESA - Não intimação para réplica - Desnecessidade - Embargado que não alegou preliminares, nem juntou documentos na impugnação aos embargos - Pedido de realização de perícia - Não acolhimento - Existência de elementos suficientes para o deslinde da causa - Cobrança de diferença entre a alíquota de ICMS aplicável às operações de vendas internas e a utilizada para operações interestaduais - Ausência de comprovação da efetiva ocorrência de operações interestaduais - Cláusula FOB que apenas gera efeito entre as partes - Multa punitiva que deve ser mantida, pois prevista na legislação e proporcional ao dano causado - Possível a incidência de juros de mora sobre a multa punitiva, nos termos do art. 96, da Lei nº 6.374/89 - Precedentes deste E. Tribunal de Justiça - Sentença de parcial procedência confirmada - Fixação dos honorários sucumbenciais recursais - Majoração da verba honorária para 12% sobre o proveito econômico, com fulcro no disposto no art. 85, § 11 do Novo CPC.

Recurso desprovido, com observação quanto à majoração da verba honorária devida pela embargante" (fl. 462e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 512/520e).

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. 489, § 1º, VI, e 1.022, II e parágrafo único, II, do CPC/2015, 108, IV, 112, 121, I e II, 124, I e II, 135,

136 e 137, II, do CTN.

Sustenta-se, em síntese, o seguinte:

"13. O cabimento deste Recurso Especial com base na alínea 'a', do artigo 105, inciso III, decorre de o V. Acórdão recorrido ter:

(i) negado vigência aos arts. 489, § 10, inciso VI e 1022, inciso II e Parágrafo Único, inciso II, da Lei no 13.105/2015 ('NCPC'), na medida em que, ao rejeitar os Embargos de Declaração opostos, não sanou as omissões contidas no V. Acórdão de fls. 338/352 e, deixou de analisar expressamente normas legais invocadas pela Recorrente, especialmente para fins de prequestionamento;

(ii) violado os arts. 121, incisos I e II, 124, incisos I e II, 135 e 137, inciso II, do CTN, tendo em vista que a jurisprudência recente sobre o tema, proferidas por esta C. Corte Superior, afastaram a responsabilidade, inclusive solidária ou subsidiária, das empresas vendedoras sobre a destinação das mercadorias, quando os produtos não foram entregues pela vendedora e foram adotadas todas as condutas possíveis para regularidade das operações;

(iii) violado o artigo 137 do CTN, ao adotar o entendimento no sentido de que não poderia a Recorrente justificar a sua falta de responsabilidade em eventual desvio do destino das mercadorias, pois a convenção entre as partes, de que a empresa compradora retira as mercadorias no próprio estabelecimento atacadista e se compromete a levar a outro Estado, não é oponível ao fisco estadual; e

(iv) violado os artigos 108, inciso IV, e 112, do CTN, ao desconsiderar que a Recorrente adotou todos os procedimentos possíveis para evitar eventual lesão ao Fisco" (fls. 529/530e).

Aduz-se, ainda, que o acórdão recorrido padeceria de omissão, bem como estaria desfundamento, ao não considerar a boa-fé da ora recorrente na caracterização de sua responsabilidade tributária.

Requer-se, por fim, "tendo demonstrado a ofensa pelo V. Acórdão recorrido aos artigos 489, § 10, inciso VI e 1022, inciso II e Parágrafo Único, inciso II, da Lei nº 13.105/2015 ('NCPC'), ao não analisar todos os pontos abordados nos Embargos de Declaração, a Recorrente pleiteia seja conhecido e provido o presente Recurso Especial para que se reconheça a nulidade do V. Acórdão recorrido e, pois, seja determinada a remessa

Superior Tribunal de Justiça

dos autos ao E. Tribunal 'a quo' para que seja realizado um novo julgamento dos Embargos de Declaração. Caso não seja esse o entendimento de Vossas Excelências, o que se admite apenas para fins de argumentação, a Recorrente pleiteia seja o presente Recurso Especial conhecido, admitido e integralmente provido, para que se reforme o V. Acórdão de fls. 493/501, complementado pelo V. Acórdão de fls., proferido nos Embargos de Declaração nº 0126855-98.2012.8.26.0100/5000, ora recorrido, e, pois, seja DESCONSTITUÍDA A PARCELA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO, MULTA E JUROS, uma vez que foi demonstrado que o V. Acórdão recorrido contrariou dispositivos de leis federais e deu aos dispositivos de leis federais interpretação divergente daquela adotada por outro Tribunal, notadamente os VV. Acórdãos proferidos por esse C. STJ, com a condenação exclusiva da Fazenda Pública Estadual ao pagamento da sucumbência e honorários advocatícios devidos à Recorrente" (fl. 553e).

Contrarrazões às fls. 687/689e.

Recurso Especial admitido (fls. 697/698e).

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 re julgamento dos Embargos de Declaração, opostos naquela instância, com o expresso 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), 25 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora