

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.527.384 - SP (2019/0178205-1)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADOS : MARCELO MAZON MALAQUIAS - SP098913
SERGIO FARINA FILHO - SP075410
TATIANA MENDES DA SILVA - SP160557
ANDRE TORRES DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF035161
CRISTIAN JOSÉ SEGURA - SP198952
CARLOS ALBERTO CINELLI JUNIOR - SP336631
FERNANDA ABASOLO LAMARCO E OUTRO(S) - SP312516
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLAUDIA CARDOSO CHAHOUD E OUTRO(S) - SP118250

DECISÃO

Trata-se de Agravo interno, interposto por MAKRO ATACADISTA S.A, por meio do qual se impugna decisão, de minha lavra, que conheceu do Agravo para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

No Agravo interno, sustenta-se que:

"(i) efetiva e concreta violação ao artigo 1.022 do CPC – imprescindível exame da caracterização da boa-fé da vendedora .

5. Como exaustivamente arguido nestes autos, o v. acórdão recorrido, mesmo após instado a fazê-lo mediante a oposição de embargos de declaração, recusou-se a emitir juízo de valor sobre a caracterização da boa-fé da Agravante, vendedora, quando da realização das operações de venda interestadual que são objeto da presente cobrança.

6. Com efeito, limitou-se o Tribunal de origem a afastar o argumento acessório e subsidiário de que as vendas teriam sido realizadas sob as condições da cláusula FOB. Todavia, independentemente desse fundamento, a simples caracterização da boa-fé da vendedora seria suficiente, nos termos da jurisprudência do STJ, para eximi-la da responsabilidade pela infração.

7. Em outras palavras, o elemento central em debate, essencial para a solução da lide, é a caracterização ou não da boa-fé da Agravante, e não, como concluiu o Tribunal de origem, a eventual existência de cláusula FOB nos contratos de compra e venda firmado entre a Agravante e suas adquirentes.

8. Todavia, mesmo após a insistência da Agravante pela via dos embargos de declaração de fls. 677/680 (e-STJ), opostos

exclusivamente para fins de instar o Tribunal de origem a manifestar-se sobre a boa-fé, aquela Corte recursou-se a examinar tal elemento, considerando-o irrelevante diante da ausência de comprovação da saída das mercadorias do Estado de São Paul. Confira-se:

(...)

9. Ao concluir que a aplicação da alíquota interna (e a exigência das diferenças dela decorrentes) “ nada tem a ver com a boa-fé ”, o Tribunal de origem deixou de examinar, justamente, o elemento central, eleito pela jurisprudência do STJ, para a definição da responsabilidade pela infração!

10. Trata-se, portanto, de inegável hipótese de omissão quanto a elemento essencial ao deslinde da questão, passível, por si só, de ensejar conclusão diametralmente oposta à que se chegou, o recurso especial merece ser provido pela violação ao artigo 1.022 do CPC, determinando-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento, prejudicadas as demais questões.

11. Reitere-se que a nulidade do v. acórdão recorrido é questão preliminar e prejudicial em relação ao mérito e, portanto, autônoma, independente de quaisquer dos óbices de conhecimento apontados pela r. decisão agravada.

(ii) do efetivo prequestionamento da matéria e da flagrante violação a dispositivos infraconstitucionais: não incidência das Súmulas 280 e 282/STF.

12. Conforme destacado, a r. decisão agravada concluiu que a pretensão recursal veiculada no competente recurso especial esbarraria em vício formal intransponível, atinente à ausência de prequestionamento. Isso porque, muito embora a Agravante tenha suscitado violações à matéria infraconstitucional, o E. TJSP teria decidido o tema à luz do direito local (art. 36, §4º, do RICMS/SP), hipótese que atrairia o óbice das Súmulas 280 e 282/STJ.

13. De antemão, a Agravante esclarece que, nos termos do art. 1.025 do CPC, 'Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade'. Desse modo, considerando-se que todas as matérias tratadas neste recurso especial, assim como os respectivos dispositivos de lei federal a elas relacionados, foram regularmente suscitadas em todas as manifestações nestes autos e reiteradas em sede de embargos de declaração, não há dúvidas quanto ao efetivo

cumprimento do requisito do prequestionamento no caso concreto.

14. Ademais, conforme sedimentado pela jurisprudência do E. STJ 2 e também salientado pelo próprio v. acórdão recorrido, 'o pré-questionamento a fim de interposição de recursos extraordinários exige tão somente que a causa tenha sido decidida e fundamentada no julgado, não havendo necessidade de pronunciamento expresse sobre todos os pontos mencionados pela parte.' 15. Não se cogita, portanto, da alegação da r. decisão agravada em relação à ausência de prequestionamento.

(ii) da impossibilidade de responsabilização da vendedora de boa-fé: inaplicabilidade da Súmula nº 07/STJ 16. Já no que tange à questão de fundo e à suposta necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, cabe reiterar que o Recurso Especial veicula questões essencialmente jurídicas que podem ser apreciadas por esta E. Corte através de mera reavaliação dos fatos, passível de ser extraída do quadro fático constante do v. acórdão recorrido.

17. Tanto é assim que, em hipóteses semelhantes e em discussões envolvendo operações similares praticadas pela própria Agravante, o Egrégio STJ vem afastando a responsabilização da Agravante e determinando o retorno dos autos ao TJSP para que a controvérsia seja examinada à luz dos parâmetros da boa-fé com a qual a Agravante conduziu suas operações de vendas interestaduais.

18. Isto porque o E. TJSP entende que a Agravante seria responsável pelo pagamento da diferença de alíquota de ICMS unicamente em razão de não ter trazido aos autos documentação que comprovasse a efetiva saída das mercadorias da sua sede localizada no Estado de São Paulo.

19. Assim, considerou ser irrelevante a boa-fé com a qual a Agravante praticou as suas vendas e também a circunstância de que tomou todas as cautelas de praxe quanto à verificação da regularidade do adquirente, concluindo nos seguintes termos:

(...)

20. Ora, conforme sedimentado pela jurisprudência desta Corte 3 , é cediço que não constitui obrigação da fornecedora fiscalizar se as mercadorias saíram do território paulista, na medida em que o transporte foi realizado exclusivamente pela adquirente, como reconhecido pelo próprio v. acórdão recorrido. Além disso, a boa-fé figura como elemento central para a caracterização de sua responsabilidade tributária!

21. Portanto, a controvérsia pendente de análise perante este E. STJ é estritamente jurídica, qual seja: ausência de responsabilidade objetiva

do vendedor de boa-fé que, uma vez resguardado pela adoção das cautelas de praxe, não estava obrigado a fiscalizar o destino dado às mercadorias pelo adquirente localizado em outro Estado.

22. Desta forma, se a empresa adquirente deu destinação diversa à mercadoria, em contrariedade ao que foi pactuado contratualmente, cabe a ela, e não à empresa vendedora de boa-fé, responder perante o Fisco Estadual para fins de complementação da diferença devida entre as alíquotas interestaduais e internas de ICMS.

23. No presente caso, nota-se que, em que pese a jurisprudência definida no âmbito da C. 1ª Seção, a r. decisão agravada adotou o argumento do E. TJSP de que 'cabia à embargante produzir prova em sentido contrário à apuração do Fisco, mas ela não trouxe nem mesmo um indício de prova nesse sentido. Não há um documento sequer trazido aos autos pela embargante e que aponte no sentido da real ocorrência das operações interestaduais'.

24. Todavia, é nítido que esta exigência desmedida não pode ser imputada à Agravante, já que o que lhe incumbe é a adoção das cautelas de praxe e a entrega da mercadoria em seu próprio estabelecimento, não sendo o seu dever a fiscalização do itinerário das mercadorias, conforme bem exposto no voto exarado pelo Min. Gurgel de Faria, no julgamento do paradigma já citado, in verbis:

(...)

25. Assim sendo, neste caso concreto não haveria de se falar em responsabilidade da Agravante pelo pagamento da diferença de alíquota do ICMS e, tampouco, na aplicação da Súmula 7/STJ, uma vez que se trata de questão eminentemente de direito, a qual prescinde de qualquer reanálise fático-probatória por este E. STJ.

26. Com efeito, a circunstância de inaplicabilidade do óbice do enunciado da Súmula 7/STJ é ainda mais evidente pelo fato de que diversas exigências fiscais idênticas à presente, inclusive nas quais a Agravante também é litigante, foram e continuam a ser recorrentemente analisadas nesta instância excepcional e a questão da responsabilidade do contribuinte de boa-fé já foi por tantas vezes debatidas que até mesmo ensejou a edição da Súmula 509/STJ.

27. E é justamente em decorrência da aplicação reiterada do entendimento firmado pela C. 1ª Seção que a Agravante vem obtendo sucessivas vitórias neste E.

STJ, em especial na C. 2ª Turma, em casos estritamente análogos. Apenas a título exemplificativo, pede-se vênia para destacar julgado de relatoria do Min. Francisco Falcão, no qual o Colegiado afastou a responsabilidade da Agravante pelo pagamento do diferencial de

alíquotas de ICMS. Confira-se:

(...)

(iii) inaplicabilidade das Súmulas 280/STF, 282/STF e 83/STJ 19. No que se refere à suposta consonância entre o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e a jurisprudência da Corte (racional da Súmula 83/STJ), esclareça-se que o fundamento do recurso especial não está pautado na existência de cláusula FOB nas vendas realizadas pela Agravante!

20. Busca-se, antes, independentemente de haver ou não cláusula FOB nos contratos de compra e venda, o reconhecimento de que o vendedor de boa-fé não pode ser responsabilizado pelo suposto desvio das mercadorias ao qual não deu causa e não foi negligente em seus deveres de diligência. Tal pretensão, contrariamente ao que afirma a decisão agravada, encontra total amparo na jurisprudência do STJ!

28. Já em relação às alegações de que o conhecimento do recurso seria obstado pela necessidade de exame de legislação local (súmula 280/STF) e pela ausência de prequestionamento, vale dizer que, para o reconhecimento dos efeitos da boa-fé da Agravante, não se faz necessário examinar qualquer norma da legislação tributária paulista!

29. Com efeito, a Agravante não questiona as previsões do RICMS neste recurso.

Busca-se, antes, o reconhecimento de que agiu com boa-fé nas operações de venda a adquirentes localizados em outro Estado e de que, portanto, não pode ser responsabilizada pelo eventual desvio ao qual não deu causa!

30. Trata-se de solução singela, independente da legislação paulista e passível de ser atingida independentemente do exame das normas apontadas como não- prequestionadas.

31. De todo modo, a teor do que prescreve o artigo 1.025 do CPC, consideram-se prequestionados os dispositivos 'que o embargante suscitou, para fins de pré- questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados'. Assim, sob qualquer ângulo que se observe a controvérsia, não há lugar para a aplicação do enunciado da Súmula 282/STF à hipótese, na medida em que a Agravante, em seus embargos de declaração, regularmente suscitou a apreciação dos pontos controvertidos objeto do recurso especial.

32. Além disso, mesmo que nem todos os dispositivos legais tidos por violados tenham sido expressamente citados no corpo das decisões proferidas, é certo que o conteúdo material neles contido restou efetivamente debatido pelo Tribunal a quo, ainda que indireta ou implicitamente.

(iv) inaplicabilidade das Súmulas 283/STF e 284/STF 33. Por fim, não há que se falar em deficiência da fundamentação quanto ao afastamento da parcela da multa punitiva mantida pelo E. TJSP na medida em que, ao impugnar questão referente ao caráter confiscatório da aplicação de multa de 50% sobre os valores das operações, restou suficientemente fundamentado o seu pedido.

34. Não pode a apreciação desse E. STJ passar ao largo do que prevê o art. 3º do CTN, que estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. O referido dispositivo demonstra expressamente que o tributo não pode ser objeto de punição, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

35. É fato que a aplicação da penalidade em questão, nos termos do que dispõe a legislação de regência, mostra-se abusiva e desproporcional, tendo em vista que não houve fraude, sonegação, dolo ou má-fé que pudessem ser atribuídos à conduta da Agravante, na remota hipótese de manutenção da exigência de qualquer crédito tributário, a aplicação de multa de tão elevado valor configura nitidamente uma situação abusiva e confiscatória.

36. Trata-se, tão somente, de interpretação conforme a norma infraconstitucional posta, que se mostra suficiente ao conhecimento do recurso também no que diz respeito a este ponto.

(v) do cabimento do recurso pelo dissídio jurisprudencial

37. Por fim, tendo em vista a impugnação objetiva e suficiente de todos os óbices apontados pela r. decisão agravada, não subsiste o fundamento de que não seria viável o cabimento do Especial pelo dissídio jurisprudencial, pelas mesmas razões que inviabilizaram seu conhecimento com base na violação de dispositivos infraconstitucionais. Isto posto, faz-se necessário reconhecer o cabimento do Especial também com base na alínea 'c' do dispositivo constitucional" (fls. 903/911e).

Por fim, requer-se "este Agravo seja integralmente conhecido, acolhido e provido para que, em juízo de retratação, Vossa Excelência entenda por bem reconsiderar a r. decisão agravada com o fim de que o Recurso Especial da Agravante seja integralmente conhecido e provido; ou, caso assim Vossa Excelência não entenda proceder, requer-se seja o presente feito apresentado perante a C. Segunda Turma, com o objetivo de que a r. decisão agravada seja revista e reformada a partir dos fundamentos aqui delineados" (fl. 911e).

Considerando os argumentos expostos pela recorrente, tem-se que a decisão

agravada merece reforma. Passo a nova análise do recurso.

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por MAKRO ATACADISTA S.A, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

"Apelação. Cerceamento do direito de defesa. Inocorrência. Inutilidade da prova pericial conforme a tese sustentada pela embargante. Arguição preliminar rejeitada.

Apelação. Embargos à execução fiscal. Operação interestadual. Diferença de alíquota. Imposto recolhido com alíquota reduzida. Presunção de operação interna nos termos do art. 36, § 4º, do RICMS. Limitação da multa. Adequada limitação dos juros à taxa Selic. Recurso voluntário da embargante parcialmente provido, e reexame necessário improvido" (fl. 668e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 677/680e), os quais restaram rejeitados, nos seguintes termos:

"Embargos declaratórios. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão. Recurso rejeitado" (fl. 691e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015, e 108, IV, 112, 121, I e II, 124, I e II, 135, 136 e 137, **caput e II**, todos do CTN.

Sustenta-se, em breve síntese, que:

"9. 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 artigos 489, § 1º, inciso VI e 1022, inciso II, parágrafo único, inciso II, do CPC/15, na medida em que, ao rejeitar os Embargos de Declaração opostos, não sanou as omissões contidas no V. Acórdão e, deixou de analisar expressamente normas legais invocadas pela Recorrente, especialmente para fins de prequestionamento;

(ii) violado os artigos 121, incisos I e II, 124, incisos I e II, 135, 136 e 137, inciso II, do CTN, tendo em vista que a jurisprudência recente desta C. Corte Superior sobre o tema afastara 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, com base na previsão da cláusula FOB, prevista em contrato, pois não seria imponível ao fisco, uma vez que a norma tributária seria imperativa quanto à natureza da operação realizada; 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. 698/699e).

Requer-se, por fim, "tendo demonstrado a ofensa pelo V. Acórdão recorrido aos artigos 489, § 1º, inciso VI e 1022, inciso II e parágrafo único, inciso II, do CPC/15, ao rejeitar os Embargos de Declaração, sem sanar os equívocos nele contidos, a Recorrente pleiteia seja conhecido e provido este Recurso Especial para que se reconheça a nulidade do V. Acórdão recorrido, bem como seja determinada a remessa dos autos ao E. Tribunal a quo para que seja realizado um novo julgamento dos Embargos de Declaração. 84. Caso não seja esse o entendimento de Vossas Excelências, o que se admite apenas para fins de argumentação, a Recorrente pleiteia que o Recurso Especial seja conhecido e integralmente provido, para que se reforme o V. Acórdão recorrido, com a consequente desconstituição do débito tributário e da parcela mantida da multa aplicada, uma vez que foi demonstrado que o V. Acórdão recorrido contrariou dispositivos de leis federais, bem como deu interpretação divergente do entendimento desse C. STJ quanto aos dispositivos de leis federais. 85. Subsidiariamente, caso seja mantida a exigência do débito (principal) de ICMS, o que novamente se admite apenas para argumentar, a Recorrente pleiteia que a multa aplicada seja integralmente cancelada, tendo em vista que configura verdadeiro confisco, bem como que não houve fraude, sonegação, dolo ou má-fé por parte da Recorrente" (fls. 717/718e).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 826e).

Inadmitido o Recurso Especial (fls. 850/852e), foi interposto o presente Agravo (fls. 858/876e).

Sem contraminuta (fl. 878e).

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 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.

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 (REsp 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 nos arts. 259, § 6º, e 253, parágrafo único,

II, c, do RISTJ, em juízo de retratação, conheço do Agravo para **dar 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), 26 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES

Relatora