

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.474.127 - RS (2019/0083009-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
AGRAVANTE : TUBOGELO INDUSTRIAL LTDA
ADVOGADOS : LEANDRO ANTÔNIO FELDMANN - RS035415
RAMON ADRIANO ZARPELLON - RS057738
AGRAVADO : TIBOLA CONTABILIDADE LTDA
AGRAVADO : GUILHERME CORDAZZO TIBOLA
AGRAVADO : VALDIR TIBOLA
ADVOGADO : FÁBIO MONTEIRO - RS079733

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado (fls. 753-754, e-STJ):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. SERVIÇOS DE CONTABILIDADE. MÁ QUALIDADE DOS SERVIÇOS. ICMS-ST. TRIBUTOS DEVIDOS E NÃO INFORMADOS AO CLIENTE.

Preliminares:

A questão da denúncia da lide da Seguradora e do cerceamento de defesa já foi atingida pela coisa julgada, não cabendo sua reapreciação, em razão do julgamento anterior do agravo de instrumento nº 70070740667.

Demais preliminares não conhecidas.

Legitimidade passiva dos sócios acolhida. Os sócios, na qualidade de profissionais técnicos que atuam na função de contador e auxiliar de contabilidade da parte -autora são partes legítimas para responderem por eventuais multas e juros de mora incidentes sobre tributos devidos e não informados.

Responsabilidade civil do contador. A obrigação assumida pelo contador é de resultado, tratando-se de responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, sendo do profissional o ônus da prova no sentido de que não agiu com culpa.

Incidência do art. 14, § 4º, do CDC.

Valor do principal: Descabida a pretensão da parte autora de ressarcimento do valor do principal, vez que é sua a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, ainda que de forma intempestiva, não podendo ser repassado para as rés.

Dano Moral rejeitado: Para o reconhecimento do dano moral para a pessoa jurídica necessário seria a verificação de autêntica lesão a

atributo da personalidade, quando alcança a imagem, a reputação, o nome a preservar no âmbito das relações civis e comerciais, trazendo como consequência o descrédito, o que não ocorreu no caso concreto.

Lucros Cessantes. Rejeitado. Ausente prova dos pressupostos e dos requisitos indispensáveis para que este pedido seja deferido.

Pedido de alteração da verba honorária, acolhido.

Preliminar de legitimidade passiva acolhida.

Demais preliminares não conhecidas. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO EM PARTE E IMPROVIDO O DAS REQUERIDAS.

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial, aponta violação aos artigos 402, 403 e 944 do Código Civil, sustentando que não foi destacada a alíquota do ICMS nas notas fiscais de venda, porque os recorridos foram omissos ao não orientarem seu cliente, razão pela qual a condenação deve abranger o valor principal do tributo, não sendo suficiente o mero cômputo de correção monetária, juros e multa, porque indispensável também a indenização daquilo que o Estado está exigindo tributariamente.

Sem contrarrazões.

O recurso especial não foi admitido na origem.

Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir.

Destaca-se que a decisão recorrida foi publicada depois da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do novo Código de Processo Civil, conforme Enunciado Administrativo 3/2016 desta Corte.

O recurso não merece prosperar, em razão do óbice erigido pelas Súmulas 7 e 83/STJ.

Isso porque, ao solucionar a controvérsia, o Tribunal de origem, soberano na análise do conjunto fático-probatório dos autos, assim concluiu: (fl. 768, e-STJ):

Danos Materiais:

Em relação ao valor da condenação por danos materiais, não merece reparo a sentença que condenou as rés no valor dos danos emergentes referentes à cobrança de correção monetária, juros moratórios e multa, incidentes sobre os valores recolhidos de forma intempestiva ou insuficiente, conforme autos de lançamento nº

27852261 de fl. 66 e nº 27852288 de fl. 77.

Portanto, descabida a pretensão da parte autora para que a condenação abranja o valor do principal, visto que é de sua responsabilidade e inerente à sua atividade o pagamento do imposto apurado que lhe cabia recolher no valor e tempo oportuno. Ainda que recolhido a destempo, o valor dos tributos em si, não pode ser repassado para as requeridas, pois a responsabilidade para honrar o pagamento devido seria da empresa autora.

Quanto à responsabilidade do sujeito passivo para o recolhimento do tributo, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, no sentido de que compete ao contribuinte direto o recolhimento do ICMS, visto que é ele quem promove a circulação do bem ou serviço, sendo-lhe própria a obrigação tributária.

É que *"O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria"* (REsp 1.543.485/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/4/2016).

Não se pode transferir a terceiros responsabilidade que é própria do comerciante, e por isso deve ele agir com diligência e cautela, sempre consultando a sua situação perante o fisco. Deveras, no caso do ICMS a relação tributária se dá entre o fisco e o comerciante, contribuinte direto do imposto. Em caso de eventual execução fiscal, a Fazenda Pública moverá a ação contra contribuinte de direito e não contra o contribuinte de fato.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL ("SEGURO-APAGÃO"). CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

[...]

3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.

4. Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco.

5. Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei.

6. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final.

7. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.

8. Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no pólo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover Execuções Fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.

9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (v.g. AgRg no Ag 933.678/SC, rel. Min. Luiz Fux), matéria estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.

10. Se inexiste previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.

11. A imunidade sobre operações interestaduais com energia elétrica (art. 155, § 2º, X, "b", da CF) é absolutamente peculiar, pois se refere exclusivamente à operação interestadual, e não à interna subsequente. Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas isso não aproveita ao consumidor final. O beneficiário é o Estado de destino, que aufere a totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência pacífica do STF.

12. Se o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de

entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, ele recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como dito, o beneficiário da sistemática. Ou seja, há incidência e contribuinte apenas em relação à revenda ou à circulação do produto industrializado, e não sobre a aquisição da energia.

13. Quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final, ou seja, não a revende ou a emprega industrialmente, deverá recolher o ICMS sobre essa aquisição integralmente ao Fisco de seu Estado (destino), na condição de contribuinte, conforme a norma excepcional do art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996.

14. Esta é, portanto, a única hipótese em que o adquirente de energia elétrica é contribuinte de direito do ICMS (art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996): se a obtiver em operação interestadual e não destiná-la à comercialização ou à industrialização, ou seja, no caso de ser consumidor final em operação interestadual.

15. A autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica em Mato Grosso da concessionária local de energia, as Centrais Elétricas Matogrossenses S/A ? Cemat.

16. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o pólo passivo da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, caput, da LC 87/1996.

17. Adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida.

18. Recurso Especial provido.

(REsp 928.875/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 1/7/2010).

Ademais, a modificação do acórdão recorrido é providência que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. A propósito, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COMUNICADO DO CADIN INDICANDO DÉBITO DO ICMS. AUTORA QUE ADMITE O EQUÍVOCO NO PREENCHIMENTO DA GARE. DANO MORAL: NÃO CONFIGURADO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS.

SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA PREJUDICADA. I - O presente feito decorre de ação objetivando indenização por danos morais por inscrição do débito relativo a ICMS na dívida ativa pela recorrida, em razão do pagamento incorreto efetuado pelo recorrente. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sentença foi mantida.

II - Com relação à alegada contrariedade aos arts. 52, 186, 187, 422 e 927, caput, todos do Código Civil, bem assim ao art. 156, I, do CTN, o Tribunal a quo, com base na análise dos elementos fáticos carreados aos autos, concluiu que a própria parte recorrente deu azo à inscrição de suposto débito em dívida ativa, porquanto, por ato próprio, equivocou-se no preenchimento da GARE (Guia de Arrecadação Estadual), bem assim de não haver no feito situação a autorizar indenização por dano moral. Para se deduzir de modo diverso, na forma pretendida no apelo nobre, seria necessário revolver o acervo fático-probatório já examinado, procedimento impossível pela via estreita do recurso especial, ante o óbice de que trata a Súmula n.

7/STJ. III - Nesse passo, a incidência do óbice do enunciado sumular n. 7/STJ também impede a análise do dissídio jurisprudencial suscitado.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.382.087/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 10/6/2019).

Em face do exposto, nego provimento ao agravo.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, majoro em 10% (dez por cento) a quantia já arbitrada a título de honorários em favor da parte recorrida, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 16 de março de 2020.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora