



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.516.520 - SP (2019/0158758-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : 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 - SP239428
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORE : MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965
S

ALBERTO CUENCA SABIN CASAL - SP109459

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR. BOA-FÉ. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA NÃO OCORRER SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O Tribunal de piso manteve a sentença que concluiu que a agravante não comprovou a saída da mercadoria do território paulista e a sua efetiva entrega no Estado de Tocantins, 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. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 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 recolhidos. Precedente: EREsp 1.657.359/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 19/3/2018.

3. Sob pena de supressão de instância, impõe-se o retorno dos autos à instância ordinária para que, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, profira novo julgamento atendendo à fundamentação *supra*.

4. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao Recurso Especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que o recurso de Apelação seja novamente julgado, considerando, quanto à 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes."

Brasília, 05 de setembro de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.516.520 - SP (2019/0158758-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE : 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 - SP239428

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORE : MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965

S

ALBERTO CUENCA SABIN CASAL - SP109459

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo contra inadmissão de Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - Execução fiscal visando a cobrança de diferenças do recolhimento de alíquota de ICMS - Ausência de comprovação de entrega das mercadorias vendidas no estabelecimento de destino no Estado do Tocantins a impor a adoção da alíquota interna e não interestadual - Alegação da embargante que agiu de boa-fé e que as operações foram realizadas com cláusula FOB, na qual a responsabilidade é do adquirente, a partir da entrega da mercadoria ao transportador - Sentença de improcedência - Manutenção - Descabida a alegação da utilização de cláusula 'free on board' (FOB) - Convenções pactuadas entre particulares não podem ser opostas perante o Fisco - Art. 123 do CTN - Multa aplicada com respaldo legal que não tem caráter confiscatório - Sentença mantida e recurso desprovido.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A parte recorrente alega haver divergência jurisprudencial quanto ao decidido no REsp 1.410.959/SP e violação dos arts. 103, I, 108, IV, 110, 112, III, 121, I, 123, 124, 128, 136, 137, II, do CTN; do art. 12, I, da LC 87/1996; dos arts. 493, 494, 495, 750 e 1.267 do CC e dos arts. 165, 249, §§ 1º e 2º, 458, 463, II, e 535 do CPC/1973.

Contrarrazões às fls. 2.343-2.352, e-STJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.516.520 - SP (2019/0158758-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 30.7.2019.

O Tribunal de piso manteve a sentença que concluiu que a agravante não comprovou a saída da mercadoria do território paulista e a sua efetiva entrega no Estado de Tocantins, 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.

A Primeira 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 recolhidos, consoante 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1.657.359/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 19/3/2018)

Sob pena de supressão de instância, impõe-se o retorno dos autos à instância ordinária para que, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, profira novo julgamento atendendo à fundamentação *supra*.

Ante o exposto, **conheço do Agravo 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 julgado, 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.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0158758-0 PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 1.516.520 / SP

Números Origem: 0001897-51.2010.8.26.0022 00018975120108260022 0010181-19.2008.8.26.0022
0220120080101818 1.001.079.981 1001079981 101811920088260022 178/2010
1782010 18975120108260022

PAUTA: 05/09/2019

JULGADO: 05/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : 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 - SP239428
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES : MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965
ALBERTO CUENCA SABIN CASAL - SP109459

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.