



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1863594 - SP (2020/0046437-5)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MILTON DEL TRONO GROSCHKE E OUTRO(S) - SP108965
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. 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.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal objetivando obstar feito executivo que visava a cobrança de multa pelo recolhimento do ICMS sob alíquota interestadual, tendo em vista que não houve a remessa da mercadoria para fora do estado.

II - A sentença julgou parcialmente procedente o pedido. O Tribunal *a quo* reformou parcialmente a sentença, ficando consignado o entendimento de que é irrelevante a apuração da boa-fé do contribuinte para a atribuição de multa pelo recolhimento do ICMS sob a alíquota interestadual.

III - Na hipótese, o Tribunal de origem, ao avaliar a matéria ora em debate, consignou expressamente que “é irrelevante perquirir a boa ou má-fé da embargante, de vez que a legislação exige, para que seja reduzida a alíquota do ICMS por ter sido a venda interestadual, que o contribuinte demonstre a efetiva saída e posterior recebimento das mercadorias ao destinatário.”

IV - Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que o Tribunal de origem deve avaliar a questão sob a ótica da boa-fé objetiva, tendo em vista que 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. *In verbis*: AgInt no REsp 1.795.274/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 18/10/2019; AREsp 1.244.583/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 27/8/2018 e AgInt no AREsp 1.431.198/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/5/2019, DJe 28/5/2019.

V - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 28 de março de 2022.

Ministro FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1863594 - SP (2020/0046437-5)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MILTON DEL TRONO GROSCHKE E OUTRO(S) - SP108965
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. 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.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal objetivando obstar feito executivo que visava a cobrança de multa pelo recolhimento do ICMS sob alíquota interestadual, tendo em vista que não houve a remessa da mercadoria para fora do estado.

II - A sentença julgou parcialmente procedente o pedido. O Tribunal *a quo* reformou parcialmente a sentença, ficando consignado o entendimento de que é irrelevante a apuração da boa-fé do contribuinte para a atribuição de multa pelo recolhimento do ICMS sob a alíquota interestadual.

III - Na hipótese, o Tribunal de origem, ao avaliar a matéria ora em debate, consignou expressamente que “é irrelevante perquirir a boa ou má-fé da embargante, de vez que a legislação exige, para que seja reduzida a alíquota do ICMS por ter sido a venda interestadual, que o contribuinte demonstre a efetiva saída e posterior recebimento das mercadorias ao destinatário.”

IV - Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que o Tribunal de origem deve avaliar a questão sob a ótica da boa-fé objetiva, tendo em vista que 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. *In verbis*: AgInt no REsp 1.795.274/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 18/10/2019; AREsp 1.244.583/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 27/8/2018 e AgInt no AREsp 1.431.198/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/5/2019, DJe 28/5/2019.

V - Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

Na origem, o contribuinte apresentou embargos à execução fiscal, aos quais atribuiu o valor de R\$ 193.973,66 (cento e noventa e três mil, novecentos e setenta e três reais e sessenta e seis centavos), objetivando obstar feito executivo que visava a cobrança de multa pelo recolhimento do ICMS sob alíquota interestadual, tendo em vista que não houve a remessa da mercadoria para fora do estado.

Após sentença que julgou parcialmente procedente o pedido elaborado na exordial, foi interposta apelação pelo contribuinte, que teve seu provimento parcialmente concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ficando consignado o entendimento de que é irrelevante a apuração da boa-fé do contribuinte para a atribuição de multa pelo recolhimento do ICMS sob a alíquota interestadual.

O referido acórdão foi assim ementado, *in verbis*:

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS -PRELIMINARES afastadas - Não manifestação sobre os recentes - precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal tocantes às matérias ventiladas na demanda -Precedentes invocados que não se aplicam ao caso em apreço, cumprindo anotar que a decisão de mérito está justamente amparada em entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - Não pronunciamento a respeito dos acórdãos prolatados pelas cortes superiores concernentemente à abusividade, desproporcionalidade e efeito confiscatório das multas punitivas aplicadas contra os contribuintes em 50% sobre o valor das operações, bem como o não enfrentamento de todos os argumentos aventados no processo (artigos 121, I e II, 124, I e II, 135 e 137, II, do CTN) - Norma do artigo 489, § 1º IV, do NCPC, invocada pela apelante, que não impõe ao julgador o enfrentamento dos argumentos deduzidos no processo que não são capazes

de infirmar a conclusão por ele adotada - Enunciados n°s 12 e 13 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) - Cerceamento de defesa - Ao desate da demanda basta o arcabouço probatório documental já produzido nos autos, mostrando-se desnecessária ou inútil para a formação do convencimento judicial a prova postulada - Aplicação dos artigos 355, I, e 370, parágrafo único, ambos do CPC/2015 - Princípio do livre convencimento (ou da persuasão racional) do juiz (artigo 371 do NCPC) - MÉRITO - Operação interestadual sob a alíquota de 7% - Não comprovação do recebimento das mercadorias no estabelecimento de destino, . No __ Distrito Federal _ - Impossibilidade de recolhimento pela alíquota diferenciada contrato realizado sob a cláusula "FOB" que se mostra irrelevante - Avença que só obriga as partes contratantes, não sendo oponível ao Fisco (artigo 123 do CTN) - Responsabilidade do contribuinte na comprovação da saída da mercadoria do estado -Legalidade da atualização e incidência de juros de mora para a apuração do valor da sanção pecuniária, porquanto estabelecida em conformidade com a Lei Estadual n° 6374189, com da redação dada pela Lei Estadual n° 13.91812009 -Valor da multa imposta que supera o dobro do valor do tributo apurado como devido — Diminuição para 100% do valor da obrigação principal (imposto tido como devido), afastando-se, assim, o caráter confiscatório —Juros — Parcial procedência da Arguição de Inconstitucionalidade n° 0170909-61.2012.8.26.0000 —Afastamento das taxas veiculadas na Lei Estadual n° 13.918/09 —Aplicação da taxa SELIC — Desprovinimento da remessa necessária — Apelação parcialmente provida, a fim de determinar que o valor da multa aplicada no AIIM se limite a 100% do valor do tributo apurado como devido.

Contra a decisão cuja ementa se encontra acima transcrita, o contribuinte interpôs o presente recurso especial, apontando violação dos arts. 108, 112, 121, 124, 135 e 137 do CTN.

Sustenta, em síntese, que é indevida a imposição de multa ao contribuinte que, amparado pela boa-fé objetiva, recolheu o ICMS sob a alíquota interestadual.

A decisão recorrida tem o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento parcial ao recurso especial apenas 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.

Interposto agravo interno, a parte agravante traz argumentos contrários à decisão recorrida.

A parte agravada foi intimada para apresentar impugnação.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Na hipótese, o Tribunal de origem, ao avaliar a matéria ora em debate, consignou expressamente que “é irrelevante perquirir a boa ou má-fé da embargante, de vez que a legislação exige, para que seja reduzida a alíquota do ICMS por ter sido a venda interestadual, que o contribuinte demonstre a efetiva saída e posterior recebimento das mercadorias ao destinatário.”

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que o Tribunal de origem deve avaliar a questão sob a ótica da boa-fé objetiva, tendo em vista que 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. *In verbis*:

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 sua efetiva entrega em Anápolis, no Estado de Goiás, 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 STJ 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, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, profira novo julgamento levando em consideração a fundamentação supra.

4. Agravo Interno provido para dar parcial provimento ao Recurso Especial de Makro Atacadista S.A. e 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. Fica, por conseguinte, prejudicada a análise das demais questões.

(AgInt no REsp 1795274/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 18/10/2019.)

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.

(AREsp 1244583/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 27/08/2018.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR DE BOA-FÉ. OMISSÃO RELEVANTE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O que consignou o decisum recorrido foi que, ainda que de boa-fé, o vendedor não se desonera da responsabilidade de comprovar a entrega da mercadoria.

2. Nada foi dito com relação à impossibilidade de responsabilização tributária pela tredestinação da mercadoria quando tenha a empresa agido de boa-fé. A omissão é relevante e capaz de alterar o resultado do julgado.

3. A jurisprudência firmada pela Primeira Seção desse Tribunal entende que, nesses casos, é essencial a análise da boa-fé da vendedora. Isso porque, adotadas as cautelas de praxe na celebração do contrato, evidenciando a boa-fé, a empresa não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS.

4. Essencial o retorno dos autos para novo julgamento pelo TJSP para que, à luz do entendimento dessa Corte Superior, analise o caso sob a ótica da relevância do elemento subjetivo da boa-fé.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1431198/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2019, DJe 28/05/2019.)

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no REsp 1.863.594 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2020/0046437-5

Número de Origem:

001877/2013 0040254-12.2012.8.26.0554 1.064.393.265 1064393265 18772013 3007396-13.2013.8.26.0554
30073961320138260554 402541220128260554

Sessão Virtual de 22/03/2022 a 28/03/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S.A

ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769

RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : MILTON DEL TRONO GROSCHE E OUTRO(S) - SP108965

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - DÍVIDA ATIVA (EXECUÇÃO FISCAL)

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : MILTON DEL TRONO GROSCHE E OUTRO(S) - SP108965

AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S.A

ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 29 de março de 2022