RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.552 - SP (2018/0327463-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965

EMENTA

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 - Na origem, o contribuinte interpôs embargos à execução fiscal objetivando o reconhecimento de inexigibilidade do recolhimento do ICMS com base na alíquota interna, tendo em vista que comercializou as mercadorias com empresa localizada em outro estado da Federação, fazendo jus à aplicação da alíquota interestadual.

II - De acordo com o precedente unânime firmado pela 1ª 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 localizado em outro estado da Federação.

III - No caso, é devida a anulação do v. acórdão recorrido e o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que haja novo julgamento da apelação, nos termos estipulados no mencionado precedente da 1ª Seção desta Corte Superior, levando em consideração a aferição da boa-fé objetiva por parte da empresa vendedora. Precedentes. (AgInt no REsp 1795274/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 18/10/2019)

IV - Recurso especial provido.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin. Brasília (DF), 03 de maio de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.552 - SP (2018/0327463-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Makro Atacadista S.A. com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal.

Na origem, o contribuinte interpôs embargos à execução fiscal, aos quais foi atribuído o valor de R$ 857.313,81 (oitocentos e cinquenta e sete mil, trezentos e treze reais e oitenta e um centavos) em novembro de 2011 objetivando o reconhecimento de inexigibilidade do recolhimento do ICMS com base na alíquota interna, tendo em vista que comercializou as mercadorias com empresa localizada em outro estado da Federação, fazendo jus à aplicação da alíquota interestadual.

Após sentença que julgou parcialmente procedente o pleito elaborado nos embargos à execução fiscal, foram interpostas apelações pelo contribuinte e pela Fazenda Estadual, que tiveram, respectivamente, seu provimento parcialmente concedido e negado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ficando consignado o entendimento de que a empresa vendedora não comprovou que houve o recebimento das mercadorias comercializadas em outro estado da Federação, razão pela qual é indevida a aplicação da alíquota de ICMS interestadual.

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

> EXECUÇÃO FISCAL Embargos. ICMS. Empresa atacadista autuada por ter aplicado alíquota interestadual na venda de produtos destinados a outra unidade da Federação, o que não se comprovou. Sentença com fundamentação suficiente. Hipótese que não demandava prova pericial. Responsável tributária é a vendedora, que deve recolher a diferença entre a alíquota interna e a interestadual se não tem como demonstrar que as mercadorias vendidas efetivamente deram entrada no destino declarado, em outra unidade da Federação, ainda que não tenha procedido com dolo, culpa ou má-fé. Precedentes desta Corte envolvendo a empresa autora. Multa de cinquenta por cento que não deve ser sobre o valor da operação, mas do imposto devido, para não ter caráter confiscatório. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Incidência de juros de mora sobre a multa porque constitui dívida de valor. Lei Estadual n° 13918/2009. Autorização constitucional para a instituição de tributos que não consente com o seu uso para ganho financeiro desarrazoado, como se dá

> com os juros de mora de 0,13% ao dia, a implicar em 3,9% ao mês e 46,8% ao ano, muito além da taxa SELIC, atualmente em torno de 14,25% ao ano, não podendo ir além dós frutos civis do capital pelo período da mora. Acompanhamos, portanto, a decisão do Órgão Especial desta Corte, em interpretação conforme o disposto pelo artigo 24, 1, da Constituição da República, no sentido de que os juros de mora não podem ser superiores aos que são aplicados aos créditos tributários da União, que são corrigidos pela taxa SELIC, englobando juros e correção monetária. Parcialmente provido o recurso da autora, apenas para limitar o valor da multa, não provido o de Fazenda do Estado e o reexame necessário.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

Contra a decisão cuja ementa se encontra acima transcrita, Makro Atacadista S.A interpôs o presente recurso especial, apontando violação dos arts. 489, § 1º, VI e 1.022, II e parágrafo único, II, ambos do CPC/2015 e 108, 112, 121, 124, 135, 136 e 137, todos do Código Tributário Nacional.

Inicialmente, o recorrente aduziu que o Tribunal de origem, a despeito da oposição dos aclaratórios, não se manifestou acerca dos dispositivos legais invocados como violados.

Em seguida, ainda em suas razões de insurgência, o contribuinte apontou violação dos arts. 108, 112, 121, 124, 135, 136 e 137, todos do Código Tributário Nacional.

Sustentou, em síntese, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indevida a responsabilização do vendedor pelo pagamento do valor resultante da diferença apurada na incidência da alíquota interestadual e na exação pela alíquota local do ICMS, pois não é dever do empresário o acompanhamento do recebimento, pelo comprador localizado em outro estado da Federação, das mercadorias comercializadas sob previsão contratual de cláusula *Free on board* (FOB), até poque não foi comprovada a ausência de boa-fé do alienante.

Por sua vez, a Fazenda Estadual apresentou contrarrazões, momento em que pugnou pelo não conhecimento do recurso especial, em virtude da aplicação dos óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.552 - SP (2018/0327463-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Primeiramente, cumpre destacar que, mediante a simples leitura do v. acórdão recorrido, percebe-se que o Tribunal de origem debateu expressamente sobre a matéria ora em apreço, motivo pelo qual o presente caso não comporta a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no momento da apreciação dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.657.359/SP, pela 1ª Seção desta Corte Superior, firmou entendimento unânime no sentido de que a empresa vendedora não pode ser responsabilizada pelo pagamento da diferença financeira decorrente da aplicação das alíquotas de ICMS interestadual e local às mercadorias alienadas, tendo em vista que não compete ao empresário, que agiu de boa-fé na realização do negócio jurídico sob à vigência da denominada cláusula FOB contratual, aferir se os produtos vendidos chegaram de fato ao destinatário domiciliado em outro estado da Federação. *In verbis*:

> 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, 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 n. 1.657.359/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 14/3/2018, DJe 19/3/2018.)

Nesse mesmo contexto, ainda durante o julgamento do EResp n. 1.657.359/SP, a 1ª Seção desta Corte Superior ressaltou que, quando o julgado *a quo* tiver outorgado responsabilidade tributária ao vendedor a despeito da aferição da sua boa-fé na condução do negócio jurídico celebrado, devem os autos retornarem ao Tribunal de origem para que a questão seja decidida sob a ótica do mencionado princípio jurídico. Confira-se:

> No presente caso, observo que o acórdão estadual partiu da premissa de que seria irrelevante perquirir a boa-fé da empresa vendedora para lhe imputar a responsabilidade pelo pagamento do diferencial de alíquota. *Vide* (e-STJ fl. 1.394):
>
> > Ainda que a embargante tenha agido de boa-fé, não há como aplicar às operações em discussão a alíquota prevista para operações interestaduais com pretende, pois os autos não contêm prova do ingresso das mercadorias no estabelecimento comprador em Minas Gerais. Vieram aos autos apenas notas fiscais e comprovantes de pagamento, insuficientes para demonstrar a efetiva saída dos bens do Estado de São Paulo. A prova do efetivo ingresso é justamente o documento que a embargante diz não possuir.
>
> Em face dessa motivação, o Tribunal de origem deixou de analisar as alegações da empresa, contidas na exordial dos embargos à execução, e as da Fazenda estadual, constantes na impugnação (e-STJ fl. 443) e agora repetidas nas contrarrazões dos embargos de divergência, que discordam quanto à boa-fé nas vendas autuadas.
>
> Nesse contexto, tenho que a apelação deve ser novamente julgada pela Corte *a quo*, para que decida a questão da responsabilidade tributária com base na existência ou não de boa-fé da empresa vendedora.

Em mesma linha os precedentes desta Segunda Turma:

> 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)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o v. acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja proferido novo julgamento da apelação, momento em que a questão da responsabilidade tributária para o pagamento do diferencial da alíquota de ICMS deve ser apreciada à luz do entendimento consolidado nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.657.359/SP e das alegações e provas atinentes à existência ou não de boa-fé por parte da empresa vendedora.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0327463-8 **REsp 1.785.552 / SP**

Números Origem: 02145858420118260100 1040498483 21458584201182601 00 896059870

PAUTA: 06/02/2020 JULGADO: 06/02/2020

Relator
Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADOS	:	SERGIO FARINA FILHO - SP075410
		RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169
		OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO BERTOLINO - SP243801
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965

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:

"Retirado de Pauta por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0327463-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.785.552 / SP**

Números Origem: 02145858420118260100 1040498483 21458584201182601 00 896059870

PAUTA: 03/03/2020 JULGADO: 03/03/2020

Relator
Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADOS	:	SERGIO FARINA FILHO - SP075410
		RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169
		OTAVIO HENRIQUE DE CASTRO BERTOLINO - SP243801
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965

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:

"Retirado de Pauta por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0327463-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.785.552 / SP**

Números Origem: 02145858420118260100 1040498483 21458584201182601 00 896059870

PAUTA: 03/05/2022 JULGADO: 03/05/2022

Relator
Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária
Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa (Execução Fiscal)

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.