



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1820128 - SP
(2019/0169153-5)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO GONCALVES DA COSTA JR E OUTRO(S) - SP088384
AGRAVADO : COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-ACUCAR, ACUCAR E ALCOOL DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADOS : HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP020309
LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280
DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI E OUTRO(S) - DF028468

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. INFRAÇÃO. MULTA. VENDA DE COMBUSTÍVEL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. NÃO COMPROVAÇÃO QUE A MERCADORIA CHEGOU AO DESTINO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR. BOA-FÉ. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO.

1. A discussão do recurso especial gira em torno da impossibilidade ou não de se imputar responsabilidade objetiva ao vendedor de boa-fé pela tredestinação de mercadorias em operações interestaduais no âmbito do ICMS.

2. 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, demonstre a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em virtude de a mercadoria não ter chegado ao destino declarado na nota fiscal.

3. E, 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. Precedentes.

4. Estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte Superior, e para que se evite supressão de instância, determinou-se 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.
Agravado 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, em sessão virtual de 14/03/2023 a 20/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 20 de março de 2023.

Ministro HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1820128 - SP
(2019/0169153-5)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULO GONCALVES DA COSTA JR E OUTRO(S) - SP088384
AGRAVADO : COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-ACUCAR, ACUCAR E ALCOOL DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADOS : HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP020309
LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280
DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI E OUTRO(S) - DF028468

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. INFRAÇÃO. MULTA. VENDA DE COMBUSTÍVEL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. NÃO COMPROVAÇÃO QUE A MERCADORIA CHEGOU AO DESTINO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR. BOA-FÉ. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO.

1. A discussão do recurso especial gira em torno da impossibilidade ou não de se imputar responsabilidade objetiva ao vendedor de boa-fé pela tredestinação de mercadorias em operações interestaduais no âmbito do ICMS.

2. 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, demonstre a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em virtude de a mercadoria não ter chegado ao destino declarado na nota fiscal.

3. E, 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. Precedentes.

4. Estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte Superior, e para que se evite supressão de instância, determinou-se 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.
Agravado interno improvido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (relator):

Cuida-se de agravo interno interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão monocrática de minha relatoria que acolheu os segundos embargos de declaração da ora agravada para reconsiderar a decisão de fls. 11.270/11.271, tornando-a sem efeitos, e, em nova análise do recurso especial, deu-lhe parcial provimento, determinando 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.

O recurso especial foi interposto pela ora agravada, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que deu parcial provimento ao seu recurso de apelação nos termos da seguinte ementa (fl. 10.957):

ACÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL — ICMS - VENDA DE COMBUSTÍVEL - De acordo com o art. 36, § 40, do RICMS: Presume-se interna a operação caso o contribuinte não comprove a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou a sua efetiva exportação. A existência de relação comercial com cláusula FOB não atinge as relações com o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.

Apelante que não comprovou que as mercadorias foram recebidas no destino declarado. Adquirentes que não possuíam estrutura física para recebimento das mercadorias — Legitimidade da autuação quanto ao imposto devido. Multa tributária. Aplicação do princípio constitucional do não-confisco. Orientação do Pretório Excelso no sentido de que delineiam efeitos confiscatórios as penalidades que suplantem 100% do valor do imposto não-recolhido.

Necessidade de redução da multa a tal patamar.

Incidência da Taxa SELIC. Inconstitucionalidade parcial da Lei Estadual nº 13.918/09 reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte. Agravo retido provido neste sentido.

RECURSO DE AGRAVO RETIDO DO AUTOR
PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR
PARCIALMENTE PROVIDO.

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 11.010/11.028).

No recurso especial, a recorrente alegou, preliminarmente, ofensa ao art. 1.022 do CPC, porquanto, apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre pontos necessários ao deslinde da controvérsia.

Aduziu, no mérito, que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 12, 121, 124, 135, 136 e 137, todos do CTN, além dos arts. 11, I, "c", e 12, IV, da Lei Complementar n. 87/1996, ao passo que apontou divergência jurisprudencial com arestos desta Corte.

Sustentou, outrossim, que, "se a Copersucar não praticou o segundo fato gerador (venda interna do etanol), ela não é contribuinte. Ademais, ela 'só responderia por eventuais infrações tributárias se fosse comprovada sua atuação dolosa, sua participação no desvio fraudulento da mercadoria. Daí porque seria imprescindível verificar se o Estado de São Paulo imputou e comprovou eventual conduta dolosa da Recorrente na realização do segundo fato gerador (operação interna subsequente à interestadual). Não tendo havido essa imputação (e/ou comprovação), o crédito tributário deve ser cancelado" (fl. 11.054).

Alegou que "a questão da possível atribuição à Recorrente da responsabilidade pelo pagamento do diferencial de ICMS é posta em face do art. 36, § 4º, do Regulamento do ICMS, que estabelece que 'Presume-se interna a operação caso o contribuinte não comprove a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou a sua efetiva exportação'. Tal dispositivo legal, entretanto, não se aplica à ora Recorrente, pois esta não é 'contribuinte' para fins da referida 'operação interna'" (fl. 11.057).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 11.186/11.226), sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 11.260/11.262).

No STJ, distribuídos os autos ao então relator, Min. Og Fernandes, proferiu decisão que determinou o retorno dos autos à origem para se aguardar o julgamento do Tema n. 863 em Repercussão Geral – "Limites da multa fiscal qualificada em razão de

sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório", objeto do recurso extraordinário interposto (fls. 11.270/11.271).

Opostos embargos de declaração (fls. 11.273/11.276), foram rejeitados (fls. 11.287/11.289).

Novos embargos de declaração, então, foram apresentados (fls. 11.291/11.291), sob a alegação de "que a r. decisão partiu de premissa fática equivocada, uma vez que a discussão sobre o caráter confiscatório da multa (RE) é subsidiária, isto é, pode ficar prejudicada pelo debate a respeito do débito principal que é a discussão do recurso especial - REsp da Embargante" (fl. 11.292). E, ainda, afirmou que a decisão padece de obscuridades e contradições, "pois o REsp em referência não discute o caráter confiscatório da multa e, de outro lado, a repercussão geral reconhecida pelo C. STF está limitada a essa matéria. Portanto, deve-se primeiro decidir se há obrigação de pagar o ICMS (matéria do REsp), para, apenas no caso de a cobrança ser mantida (com o desprovimento do recurso, o que só se admite por hipótese em função da jurisprudência atualmente favorável à Embargante), sobrestar-se o processo até que o Eg. STF decida a questão relativa ao caráter confiscatório da multa(matéria do RE). Respeitosamente, não faria sentido decidir se a multa é confiscatória antes que seja definitivamente julgado se o tributo (sobre o qual a multa recai) é de fato devido, pois o cancelamento do principal por esse C. Tribunal resultaria no cancelamento da multa. A remessa dos autos à origem não traria qualquer economia. Pelo contrário, teria efeito oposto ao visado pela decisão embargada, poisos autos ficariam sobrestados na origem até a decisão a respeito da multa e então seriam remetidos a este C. Tribunal para que se decidisse sobre o próprio tributo. De outro lado, o julgamento do REsp pode abreviar sobremaneira o tramite processual, na medida em que, na hipótese de seu provimento, não será necessário aguardar o pronunciamento do C. STF a respeito da multa" (fl. 11.293).

Não apresentada impugnação aos embargos (fl. 11.303).

Memorial juntado aos autos (fls. 11.305/11.310).

Em 14/11/2022, então, proferi a decisão ora agravada na qual acolhi os segundos embargos de declaração da ora agravada para reconsiderar a decisão de fls. 11.270/11.271, tornando-a sem efeitos, e, em nova análise do recurso especial, dei-lhe parcial provimento, determinando 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.

No presente agravo interno, a Fazenda Pública argui que a decisão agravada partiu de premissa inexata, chegando em conclusão equivocada, pois, "como consta expressamente do acórdão recorrido de fls. 10.954/10.991 (e-STJ), com base na prova pericial produzida nos autos, concluiu-se que a empresa autuada não apresentou a documentação fiscal pertinente nem demonstrou a regularidade da operação interestadual. Quer dizer, a decisão recorrida não contrariou o entendimento firmado por esta C. Corte, mas lhe deu pleno cumprimento, ao reconhecer, pela análise do conjunto fático-probatório do caso, que o vendedor não apresentou documentos mínimos necessários a comprovação da saída das mercadorias de seu estabelecimento, bem como que as operações efetivamente ocorreram, tais como ordem de carregamento, boletim de pesagem e autorização de entrega de álcool da época das operações. Além disso, como se verifica das conclusões periciais transcritas no acórdão recorrido, o Fisco procedeu diligências nos locais de destino declarados nas notas fiscais, constatando que as mercadorias nunca foram levadas para os endereços indicados, nos quais muitas empresas nunca funcionaram. Logo, a prova pericial corroborou o entendimento da autoridade fiscalizadora, no sentido de que as operações foram fraudulentas com o intuito de produzir créditos de ICMS indevidos, sem haver prova da efetiva saída das mercadorias e de sua transposição dos limites do Estado de São Paulo" (fl. 11.324).

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, pela submissão do presente agravo à apreciação da Turma.

A agravada, instada a manifestar-se, apresentou contrarrazões ao agravo (fls. 11.338/11.347).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (relator):

Na origem, trata-se de ação ordinária proposta pela Cooperativa de Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo Ltda., ora agravada, contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a anulação dos autos de infração e imposição de multa, cuja autuação se deu porque a Fazenda Paulista exige o valor correspondente à diferença de alíquota de ICMS interestadual em relação à alíquota interna, sob a alegação de que a Cooperativa vendeu mercadorias a empresas situadas em outros Estados, mas não comprovou a saída dos bens do território paulista.

Em primeira instância, os autos de infração foram considerados legais e a ação foi julgada improcedentes.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação da Cooperativa, reformando em parte a sentença para reduzir a multa tributária.

A discussão do recurso especial gira em torno da impossibilidade ou não de se imputar responsabilidade objetiva ao vendedor de boa-fé pela tredestinação de mercadorias em operações interestaduais no âmbito do ICMS.

Monocraticamente, dei 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.

Tal decisão está amparada no posicionamento firmado pela Primeira Seção desta Corte 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, demonstre a regularidade da operação interestadual realizada com o adquirente, não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em virtude 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, 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, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 19/3/2018.)

Nesse sentido, ainda cito:

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.

(AgInt no REsp n. 1.863.594/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 31/3/2022.)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DA BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE-VENDEDOR. PRECEDENTE: ERESP.

1.657.359/SP, REL. MIN. GURGEL DE FARIA, DJE 19.3.2018. ALEGAÇÃO DE ÓBICES PROCESSUAIS AO CONHECIMENTO DO RECURSO. AFASTAMENTO. AGRAVO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp. 1.657.359/SP, de relatoria do eminente Ministro GURGEL DE FARIA, entendeu 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, 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. Na espécie, o Tribunal de origem consignou 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, para fins de adequação do entendimento conforme o precedente da 1a. Seção desta Corte Superior.

3. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.315.314/SP, relator Ministro Manoel Erhardt (desembargador convocado do TRF5), Primeira Turma, DJe de 24/2/2022.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. TREDESTINAÇÃO DE MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR. BOA-FÉ. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO PELA CORTE LOCAL. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES.

1. Na origem, o Tribunal local manteve a sentença que

concluiu que a recorrente não comprovou a saída de mercadorias do território paulista e sua efetiva entrega a outro Estado da Federação, motivo pelo qual lhe imputou a responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS que deixou de recolher.

2. 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.

3. No caso dos autos, a despeito da presença de laudo pericial, verifica-se que a Corte de origem não se manifestou expressamente acerca da matéria fática referente à presença ou não da boa-fé da empresa vendedora, para fins de responsabilização do diferencial da alíquota do ICMS. A matéria omissa é relevante para o deslinde da demanda e deve ser suprida pelo Tribunal a quo, com o proferimento de novo julgamento. Nesse sentido: EREsp 1.657.359/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 19/3/2018, REsp 1.785.552/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 05/05/2022 e AgInt no REsp 1.795.274/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/10/2019.

4. Igualmente, a Corte de origem deve se pronunciar acerca do pedido de redução da verba honorária, a qual aduz o recorrente ser exorbitante, uma vez que a alegação consta tanto nas razões de Apelação do recorrente (fls. 3.542-3.571, e-STJ) como nos seus Aclaratórios (fls. 3.616-3.620, e-STJ) e o Tribunal a quo, contudo, não se manifestou sobre a matéria, notadamente sobre os elementos do art. 20, §4º do CPC/73.

5. Agravo Interno provido para prover parcialmente o Recurso Especial, anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que o

Recurso de Apelação seja novamente julgado, considerando dessa vez, 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, bem como sobre a alegação de redução da verba honorária à luz do art. 20, §4º do CPC/73.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 1.800.206/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2022.)

Assim, por entender que o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento deste Tribunal Superior e, para que não ocorra supressão de instância, determinei o retorno dos autos à instância ordinária para que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, profira novo julgamento que considere a fundamentação supra.

Vale mencionar, ainda, a existência de outras decisões que determinaram o retorno dos autos em idêntica situação, também em relação à ora agravada: REsp n. 1.810.285/SP; REsp n. 1.779.274/SP; REsp n. 1.808.399/SP; REsp n. 1.831.176/SP; REsp n. 1.851.536/SP; AREsp n. 1.245.817/SP.

Ressalte-se que a agravante, em suas razões de agravo, não faz nenhuma menção à jurisprudência citada, ou quanto à determinação de retorno dos autos à origem para que se analise as alegações e as provas relacionadas com a existência ou não de boa-fé por parte da empresa vendedora, mas tão somente transcreve trechos do acórdão recorrido e da perícia realizada nos autos e faz considerações genéricas de que as operações teriam sido fraudulentas, porque as mercadorias supostamente não chegaram ao estado de destino, argumentação incapaz de infirmar os fundamentos da decisão agravada, além de justamente ensejar a análise de questões fático-probatórias que a decisão agravada fez evitar.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.820.128 / SP

Número Registro: 2019/0169153-5

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

01051884220088260053 1051884220088260053 393/2008 3932008

Sessão Virtual de 14/03/2023 a 20/03/2023

Relator do AgInt nos EDcl nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-ACUCAR, ACUCAR E ALCOOL DO ESTADO DE SAO PAULO

ADVOGADOS : HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP020309

LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280

DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI E OUTRO(S) - DF028468

RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : PAULO GONCALVES DA COSTA JR E OUTRO(S) - SP088384

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : PAULO GONCALVES DA COSTA JR E OUTRO(S) - SP088384

AGRAVADO : COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-ACUCAR, ACUCAR E ALCOOL DO ESTADO DE SAO PAULO

ADVOGADOS : HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP020309

LUIS HENRIQUE DA COSTA PIRES - SP154280

DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI E OUTRO(S) - DF028468

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/03/2023 a 20/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 21 de março de 2023