RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.834 - SP (2019/0183537-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965
		RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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 opôs 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 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 localizado em outro estado da Federação. No referido julgado, foi analisado o entendimento manifestado pelo Tribunal *a quo*, segundo o qual seria irrelevante a verificação da boa-fé da empresa vendedora em função da previsão do art. 23, § 3º, da Lei n. 6.374/89, o que determinaria o envio dos autos ao referido tribunal para que a existência ou não da boa-fé fosse verificada. Esse entendimento deve ser mantido nas situações em que o Tribunal *a quo* não analisa a boa-fé da empresa vendedora.

III - Na hipótese dos autos, apesar de o Tribunal de origem ter deixado expresso que a empresa não conseguiu comprovar a saída da mercadoria do território paulista, em nenhum momento analisa a atuação do contribuinte em eventual ato de desvio de mercadorias buscando fraudar o fisco.

IV - Embora a cláusula FOB, em que o frete se dá por conta e risco do comprador, não exonere a responsabilidade tributária do vendedor perante a Fazenda Pública, ainda se faz necessário para eventual

responsabilização que se demonstre que o contribuinte vendedor agiu em conluio para fraudar o fisco com a aplicação de percentual menor de ICMS, já que a mercadoria teria como destino o próprio Estado. Precedentes: AREsp n. 1.530.479/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 20/6/2022 e AgInt no REsp n. 1.795.274/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1/10/2019, DJe de 18/10/2019.)

V - Recurso especial conhecido parcialmente e nessa parte provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, 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.

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, "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, divergindo do Sr. Ministro-Relator, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, o realinhamento de voto do Sr. Ministro Francisco Falcão aos termos do voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, a Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 02 de agosto de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.834 - SP (2019/0183537-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO:

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$ 420.646,01 (quatrocentos e vinte mil, seiscentos e quarenta e seis reais e um centavo), em novembro de 2012, 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, 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 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*:

> APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL OPERAÇÃO INTERESTADUAL. SAÍDA DA MERCADORIA DO TERRITÓRIO PAULISTA NÃO DEMONSTRADA. CLÁUSULA FOB. CUMPRE AO REMETENTE DA MERCADORIA COMPROVAR, DE FORMA CABAL, A SAÍDA INTERESTADUAL, O QUE NÃO SE FEZ NO CASO. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ INSUFICIENTE PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. AIIM. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA EM DIMINUTA PARTE, PARA SE REDUZIR A MULTA/PENALIDADE APLICADA PARA 20%, NA ESTEIRA DA JURISPRUDÊNCIA DO E. STF. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL MANUTENÇÃO DOS ÓNUS DA SUCUMBÊNCIA. Embora certo que a multa esteja prevista no regulamento do ICMS é, no entanto, admissivel a sua redução na esteira da jurisprudência do C. STF, que recomenda a redução para 20%, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

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 porque não ficou 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.

O presente recurso foi levado à julgamento e adiado com pedido de vista, motivando o realinhamento do voto na forma adiante explicitada.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.834 - SP (2019/0183537-2)

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 Primeira 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.)

No referido julgado, foi analisado o entendimento manifestado pelo Tribunal *a quo*, segundo o qual seria irrelevante a verificação da boa-fé da empresa vendedora em função da previsão do art. 23, §3º, da Lei n. 6.374/89, o que determinaria o envio dos autos ao referido tribunal para que a existência ou não da boa-fé fosse verificada.

Esse entendimento deve ser mantido nas situações em que o Tribunal *a quo* não analisa a boa-fé da empresa vendedora.

Na hipótese dos autos se debate se o Tribunal a quo analisou a ocorrência de boa-fé do contribuinte.

Para manter a autuação do fisco o Tribunal a quo referendou a sentença do primeiro grau que consignou:

> Sobre a prova pericial, tenho que a prova é dispensável, pois a embargante não nega o destino diverso da mercadoria, apenas impugna a sua responsabilidade no evento e a falta de prova. **Diz que tendo vendido a mercadoria com a cláusula Free on Board - FOB a responsabilidade seria exclusiva do comprador**, limitando-se sua responsabilidade pelos eventos ocorridos até a saída das mercadorias do seu estabelecimento. O destino diverso dado pelo comprador não poderia lhe gerar qualquer responsabilidade.
>
> (...)
>
> Correta a autuação, valendo notar que o fisco apresentou o vácuo de provas da operação interestadual, nada sendo apresentado em sentido oposto, sendo lícito assumir - neste contexto - que a mercadoria circulou internamente. Neste contexto, inócua designação de perícia para confirmar o que já se expõe nos documentos juntado. **Inexiste prova mínima ou mesmo indícios da existência de operação interestadual**. (grifos não constam do texto original.)

No acórdão recorrido restou explicitado, in verbis:

> A apelante não apresentou motivo capaz de demonstrar a necessidade da produção probatória, permanecendo no plano das alegações genéricas.
>
> (...)
>
> De fato, neste caso, a apelante não se desincumbiu de provar o efetivo deslocamento físico das mercadorias à empresa destinatária relativamente à saída de seu estabelecimento e à chegada ao estabelecimento da suposta empresa adquirente, segundo determina o artigo 23, § 3°, da Lei n.° 6.374/89, "Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou Distrito Federal, ou a sua efetiva exportação.".
>
> Importa destacar que a apelante limitou-se a arguir a realização de venda

> com cláusula FOB (free on board), a qual não exclui a responsabilidade tributária do vendedor, nem tampouco é apta para presumir a sua boa -fé, de modo a isentá-la da prova exigida por lei.

Apesar de o Tribunal de origem ter deixado expresso que a empresa não conseguiu comprovar a saída da mercadoria do território paulista, em nenhum momento analisa a atuação do contribuinte em eventual ato de desvio de mercadorias buscando fraudar o fisco.

Conforme o decidido no EREsp 1.657.359/SP, acima observado, o contribuinte de boa-fé que demonstra a regularidade na operação interestadual realizada como o adquirente não pode ser objetivamente responsabilizado pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em razão da tredestinação da mercadoria.

Embora a cláusula FOB, em que o frete se dá por conta e risco do comprador, não exonere a responsabilidade tributária do vendedor perante a Fazenda Pública, ainda se faz necessário para eventual responsabilização que se demonstre que o contribuinte vendedor agiu em conluio para fraudar o fisco com a aplicação de percentual menor de ICMS, já que a mercadoria teria como destino o próprio Estado.

Sobre o assunto, confira-se, ainda, os seguintes julgados:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 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 - Agravo conhecido e recurso especial provido.

(AREsp n. 1.530.479/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

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 n. 1.795.274/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1/10/2019, DJe de 18/10/2019.)

Neste panorama, conheço parcialmente o recurso especial para, nessa parte, dar-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, 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.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.834 - SP (2019/0183537-2)

VOTO-VISTA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Na origem, MAKRO ATACADISTA S/A opôs Embargos à Execução Fiscal que lhe move o ESTADO DE SÃO PAULO, para cobrança da CDA 1.044.081.033, decorrente de autuação mediante a qual o Fisco paulista imputa à embargante, ora recorrente, as seguintes condutas:

> "1. **O contribuinte** acima identificado, enquadrado no Regime Periódico da Apuraçao (RPA), deixou, no período de 04 de junho de 2004 a 09 de setembro de 2004, de pagar o ICMS no montante de R$ 40.471,50, por ter **promovido operações de saídas de mercadorias**, conforme Relatório Fiscal, em anexo, e integrante deste AIIM, no valor total do R$373.047,19, **fazendo constar nas notas fiscais emitidas que as mercadorias se destinavam ao contribuinte MELITO DA SILVA SANTOS, IE nº 063.429.036, no município de Salvador - Estado da Bahia**, efetuando o calculo de imposto incidente (ICMS) sobre as operações mediante a aliquota de 7%. Todavia, ficou fartamente comprovado, pela documentação em anexo, que **o destinatário indicado jamais recebeu as referidas mercadorias, sendo, portanto, desconhecido o seu efetivo destino e, tendo sido Notificado a comprovar as saídas das mercadorias do território paulista, deixou de fazê-lo, tornando-se devida a parcela do tributo resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota efetivamente aplicada (...)**.
> 2. Deixou de exibir à autoridade fiscalizadora (...) o documento fiscal Nota Fiscal número 7.105, emitida em 13/08/2004, no valor total de R$17.040,00 (...)" (fl. 54e).

Aludindo a seu modelo de negócios, destaca que **"suas lojas funcionam pelo sistema de '*cash and carry*' (pegue e leve)", ou seja, "os clientes comparecem às lojas da Embargante e selecionam os produtos, manuseiam-nos e os colocam no carrinho, pagam no caixa e carregam as mercadorias adquiridas em seus veículos, em função de as vendas serem realizadas sob a cláusula FOB"**, ou seja, frete ou transporte das mercadorias por conta e uso do comprador (fl. 7e). Especificamente em relação à operação objeto do auto de infração, frisa que **"adotou todas as medidas preventivas que estavam ao seu alcance para verificar a regularidade da empresa que estava adquirindo suas mercadorias" (fls. 8/9e), na medida em que obteve comprovantes da situação cadastral e outros documentos da adquirente**. Argumenta que, **tendo adotado todas as cautelas, não pode ser responsabilizada pela tredestinação das mercadorias, sobretudo porque a operação deu-se sob a cláusula FOB**. Reputa abusiva a multa

imposta, no patamar de 50% do valor da operação, e inadequada a exigência de juros de mora, nos termos da Lei estadual 6.374/89.

O Juízo singular "julgo[u] parcialmente procedentes os Embargos à Execução Fiscal, para reconhecer inexigibilidade dos juros de mora fixados pela Lei n° 13.918/09, vigorando a regra anterior, com aplicação da SELIC, obedecido o piso de 1% a.m., conforme dispunha o artigo 96 da Lei Estadual n° 6.374/89" (fl. 393e).

Em sede de Apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou parcialmente a sentença, para reduzir a multa a 20% (vinte por cento), em acórdão assim ementado:

> "APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL **OPERAÇÃO INTERESTADUAL. SAÍDA DA MERCADORIA DO TERRITÓRIO PAULISTA NÃO DEMONSTRADA. CLÁUSULA FOB. CUMPRE AO REMETENTE DA MERCADORIA COMPROVAR, DE FORMA CABAL, A SAÍDA INTERESTADUAL, O QUE NÃO SE FEZ NO CASO. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ INSUFICIENTE PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. AIIM.** SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA EM DIMINUTA PARTE, PARA SE REDUZIR A MULTA/PENALIDADE APLICADA PARA 20%, NA ESTEIRA DA JURISPRUDÊNCIA DO E. STF. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MANUTENÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.
> Embora certo que a multa esteja prevista no regulamento do ICMS é, no entanto, admissivel a sua redução na esteira da jurisprudência do C. STF, que recomenda a redução para 20%, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
> APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE" (fl. 601e).

Opostos dois Embargos de Declaração, pela ora recorrente (fls. 617/621e e 652/653e), foram os primeiros rejeitados (fls. 637/649e) e os últimos acolhidos (fls. 664/667e), tão somente para corrigir erro material.

Nas razões do Recurso Especial, interposto pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a recorrente alega, em suma, o seguinte:

> "14. O cabimento deste Recurso Especial com base na alínea 'a', do artigo 105, inciso III, decorre de o **V. Acórdão recorrido ter**:
> (i) **negado vigência aos arts. 489, § 1º, inciso VI e 1022, inciso II e Parágrafo Único, inciso II, da Lei n° 13.105/2015 ('NCPC')**, na medida em que, ao rejeitar os Embargos de Declaração opostos, não sanou as omissões contidas no V. Acórdão de fls. 576/589 e, deixou de analisar expressamente normas legais invocadas pela Recorrente, especialmente para fins de prequestionamento;
> (ii) **violado os arts. 121, incisos I e II, 124, incisos I e II, 135 e 137,**

inciso II, do CTN, tendo em vista que **a jurisprudência recente sobre o tema, proferidas por esta C. Corte Superior, afastaram a responsabilidade, inclusive solidária ou subsidiária, das empresas vendedoras sobre a destinação das mercadorias, quando os produtos não foram entregues pela vendedora e foram adotadas todas as condutas possíveis para regularidade das operações**;

(iii) **violado o artigo 137 do CTN, ao adotar o entendimento no sentido de que** não poderia a Recorrente justificar a sua falta de responsabilidade em eventual desvio do destino das mercadorias, pois **a convenção entre as partes, de que a empresa compradora retira as mercadorias no próprio estabelecimento atacadista e se compromete a levar a outro Estado, não é oponível ao fisco estadual**;

(iv) **violado os artigos 108, inciso IV, e 112, do CTN, ao desconsiderar que a Recorrente adotou todos os procedimentos possíveis para evitar eventual lesão ao Fisco**; e

(v) **a multa aplicada no percentual de 20% sobre o valor das operações é ilegal, abusiva e confiscatória**, em afronta aos artigo 3º, 12 e 161 do CTN" (fls. 674/675e).

Alega que "o presente Recurso Especial se fundamenta no artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da CF, no que se refere a alínea 'c', o V. Acórdão recorrido adotou entendimento jurisprudencial divergente do adotado por esse C. STJ, no que se refere a possibilidade de a Fazenda Pública Estadual, **sem investigar a boa-fé do vendedor, exigir dele o ICMS com base na alíquota interna, pelo fato de, presumidamente, o produto vendido não ter chegado regularmente a outra unidade da Federação, sendo de responsabilidade do comprador o transporte e o deslocamento das mercadorias até o destino**" (fl. 681e); que o acórdão recorrido "sustentou que a destinatária da mercadorias não recebeu as mercadorias comercializadas, **desconsiderando que o sistema de negócios desenvolvidos pela Recorrente ('venda à balcão') não permite a entrega das mercadorias no local de destino, ocorrendo a entrega das mercadorias, presencialmente, no seu estabelecimento comercial**, localizado em São Paulo. **Para que a adquirente transporte essas mercadorias até o destino indicado nas notas fiscais**" (fl. 682e); que o "STJ já decidiu que não é possível a Fazenda Pública Estadual, **sem investigar a boa-fé do vendedor**, exigir o pagamento do ICMS, com base na alíquota interna, **pelo fato de, presumidamente, o produto vendido não ter chegado regularmente a outra unidade da Federação**" (fl. 682e); que "**o fato de a Recorrente agir de boa-fé, não entregar as mercadorias, emitir a correspondente nota fiscal e adotar todas as cautelas antes de fechar as operações, não poderiam ser considerados irrelevantes pelo Acórdão recorrido e, afastam a responsabilização da Recorrente pela eventual destinação diversa da carga, eventualmente desviada pelo comprador, em operação**

subsequente, após retirada das mercadorias do estabelecimento comercial da Recorrente" (fl. 683e).

Aponta a recorrente dois paradigmas (REsp 1.305.856/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/06/2013, e REsp 1.410.959/SP, Rel. p/ acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/08/2014) e sustenta que, "enquanto o V. Acórdão recorrido entendeu que a exigência fiscal deveria ser mantida, pois a Recorrente não comprovou que as mercadorias saíram do Estado de São Paulo, **apesar de não ser de sua responsabilidade o transporte dessas mercadorias**, o C. STJ, nos acordão acima citados, **desconstituíram a exigência fiscal. pois é necessário avaliar a boa-fé e a participacão do vendedor no desvio das mercadorias**" (fls. 687/688e); que, "embora o V. Acórdão recorrido tenha afirmado que seria irrelevante o local indicado nas notas fiscais, se não comprovada a transferência física da mercadoria de um Estado ao outro, **os VV. Acórdãos indicados como paradigmas afirmaram que se o contribuinte emitiu o documento fiscal e adotou as providencias necessárias no momento da venda das mercadorias, não poderia ser responsabilizado por eventual desvio cometido pelo transportador ou comprador**" (fl. 688e).

Assevera que "a atividade desenvolvida pela Recorrente **é conhecida como 'venda à balcão'**. Nesses casos, **em hipótese alguma a Recorrente entrega as mercadorias vendidas aos seus clientes, considerando finalizada a operação no momento em que a Recorrente entregou em seu estabelecimento comercial a mercadoria ao cliente/comprador, presencialmente, mediante o pagamento**" (fl. 691e); que "**as notas fiscais das operações comprovam que as vendas são efetuadas com cláusula FOB, pela qual cabe exclusivamente ao cliente a aquisição, retirada e o transporte das mercadorias até o destino final, indicado na nota fiscal**" (fl. 691e); que "a Recorrente, por cautela, mantém um rígido controle de seus clientes, uma vez que **as vendas das mercadorias somente são efetuada a empresas previamente cadastradas que apresentem seu cartão identificador, obtido após a apresentação de documentos que comprovem sua regular constituição e inscrição perante as Autoridades Públicas**" (fl. 691e); que, "a partir da interpretação equivocada dos dispositivos acima citados, principalmente os artigos 123, 136 e 137 do CTN, o Acórdão recorrido **considerou que a falta de comprovação, por parte da Recorrente, do envio e consequente saída das mercadorias do Estado paulista, ensejaria a presunção da ocorrência da operação interna, o que responsabilizaria a Recorrente** pelo recolhimento da diferença entre a alíquota interestadual de 7%, já recolhida pela Recorrente e, a alíquota interna, de 18%, ambas em favor do Estado de São Paulo" (fl. 692e); que "o V. Acórdão recorrido, **contrariando a jurisprudência desse C. STJ, entendeu por bem dar interpretação restritiva ao art. 123 do CTN e, portanto, considerar que a convenção entre as partes, de que a empresa compradora retira as mercadorias no próprio estabelecimento atacadista e se compromete a levar a outro Estado, não é oponível ao fisco estadual**"

(fl. 692e); que "a Recorrente, **por primar pela boa-fé na realização de suas operações comerciais e, apesar de não ter a função de investigar os seus clientes, a fim de garantir a regularidade das operações, por cautela, mantém um controle de cadastro dos seus clientes**" (fl. 692e); que, "no caso em análise, **a Recorrente adotou todas as medidas preventivas que estavam ao seu alcance para verificar a regularidade da empresa Melito**, conforme atestam os documentos juntado com a inicial. **A apresentação desses documentos, que comprovam que o comprador estava habilitado a comprar, deveria ser levado em consideração e não poderia ser ignorado pelo Acórdão recorrido**" (fl. 692e); que "**o comprador**, cliente cadastrado na empresa Recorrente, **recebeu e retirou, fisicamente, as mercadorias no estabelecimento da empresa, no Estado de São Paulo**. Considerando **a cláusula FOB, a compra e venda consumou-se quando o cliente efetuou o pagamento no caixa do estabelecimento comercial da Recorrente e retirou por conta própria as mercadorias, e as embarcou em seu veículo, com destino ao Estado da Bahia**" (fl. 694e); que "**não cabia à Recorrente acompanhar o veículo do seu cliente até seu destino, a fim de certificar-se de que as mercadorias deixaram o território paulista**" (fl. 694e); que "o Acórdão recorrido negou vigência aos artigos 108 e 112 do CTN, na medida em que **sequer há provas de que as mercadorias não chegaram ao destino final**, pois a exigência fiscal em objeto **baseou-se na presunção** de que as mercadorias comercializadas não tiveram o destino indicado na nota fiscal" (fls. 695/696e); que "a exigência fiscal em discussão **é justificada pelo Fisco na presunção de que na falta de prova da saída da mercadoria do Estado, presume-se interna a operação**. Contudo, tal entendimento deveria obrigatoriamente basear-se em provas concretas e **não apenas em presunções, suspeitas ou indícios, baseados meramente em supostas irregularidades da empresa destinatária das mercadorias**, que de forma alguma poderiam ser atribuídas à Recorrente" (fl. 696e); que, "**caso a Recorrente tenha sido enganada pelo comprador, que desviou as mercadorias, não pode ser punida por ato de terceiro do qual não tenha participado, nem contribuído**" (fl. 696e); que a multa de 20% é abusiva e confiscatória.

O Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, afastou a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF, suscitada nas contrarrazões, porquanto a matéria discutida no Recurso Especial foi debatida pelo Tribunal **a quo**.

Votou, entretanto, pelo não conhecimento do Recurso Especial, por incidência da Súmula 7/STJ, sob duplo fundamento: o de que, no caso concreto, o Tribunal **a quo** teria analisado a boa-fé do recorrente, concluindo a Corte que "não há provas de boa-fé do contribuinte", razão pela qual seria inaplicável o entendimento firmado pela Primeira Seção do STJ, nos EREsp 1.657.359/SP (Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 19/03/2018); e o de que "a operação interestadual realizada com cláusula FOB (*Free on Board*) por si só não afasta a responsabilidade tributária do vendedor". Alude, ainda, a dois precedentes, firmados nos REsps 1.818.454/SP (Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de

27/11/2019) e 1.769.599/SP (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018), nos quais esta Segunda Turma afirmou que a cláusula FOB não pode ser oposta à Fazenda Pública, para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor.

Em seguida, pedi vista dos autos, para melhor analisar a matéria.

DA ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Eis, no que importa, o teor do voto condutor do acórdão recorrido:

> "A Fazenda Pública Estadual ajuizou ação de Execução Fiscal nº 0613593-92.0089.8.26.0014 para exigir da apelante débitos relativos a ICMS, inscritos na Dívida Ativa sob o nº 1.044.081.033, **decorrentes das operações interestaduais de venda presencial de mercadorias, realizada com a sociedade 'Melito da Silva Santos', cujo endereço comercial localiza-se no Estado da Bahia**. Estes embargos foram ajuizados com vistas à desconstituição do título executivo que ampara a ação de execução fiscal, nos termos supramencionados.
>
> O recurso, contudo, não merece provimento, ao menos integralmente.
>
> **A autuação combatida foi baseada na responsabilidade da apelante pelo pagamento do diferencial de alíquota (interna interestadual) do ICMS**, acrescido de multa **sobre as operações realizadas com contribuinte situado em outro Estado, em relação aos quais, não houve a prova de transposição das mercadorias do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 36, § 4º, do RICMS/SP** que assim dispõe, '**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.'.
>
> Com efeito, **a lavratura do auto de infração possui o atributo da presunção de legitimidade, a qual não foi elidida pela apelante**. Segundo magistério de Hely Lopes Meirelles em sua obra Direito Administrativo Brasileiro 26' Edição p. 150: 'os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.'.
>
> **De fato, neste caso, a apelante não se desincumbiu de provar o efetivo deslocamento físico das mercadorias à empresa**

destinatária relativamente à saída de seu estabelecimento e à chegada ao estabelecimento da suposta empresa adquirente, segundo determina o artigo 23, § 3°, da Lei n.° 6.374/89, 'Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou Distrito Federal, ou a sua efetiva exportação.'.

Importa destacar que a apelante limitou-se a arguir a realização de venda com cláusula FOB (*free on board*), a qual não exclui a responsabilidade tributária do vendedor, nem tampouco é apta para presumir a sua boa-fé, de modo a isentá-la da prova exigida por lei.

Este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> 'TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DESCARACTERIZAÇÃO. CLÁUSULA FOB. A cláusula FOB opera entre as partes, exonerando o vendedor da responsabilidade pela entrega da mercadoria ao destinatário, nada valendo perante o Fisco (CTN, art. 123), que só homologa o pagamento do ICMS pela alíquota interestadual se a mercadoria for entregue no estabelecimento do destinatário em outra unidade da federação; não é a nota fiscal que define uma operação como interestadual, mas a transferência física da mercadoria de um Estado para outro. Embargos de declaração rejeitados.'.
> (Emb. Decl. Em REsp 37.033 -SP, Segunda Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. a 15.09.98).

No mesmo sentido, são as decisões desta Corte:

(...)

Ademais, **conforme demonstram os documentos anexados autos, a empresa destinatária não recebeu as mercadorias indicadas nas notas fiscais emitidas pela apelante.**

Ausente, portanto, a comprovação da saída da mercadoria do território paulista, presumir-se-á interna a operação, devendo o ICMS ser exigido com base na alíquota interna, nos termos do art. 36, §4º, do RICMS/2000 e art. 38, §4º do RICMS/1991.

No tocante à multa punitiva, de se consignar que não se confunde com a multa moratória e, assim, não decorre da demora no adimplemento da obrigação tributária, mas, sim, representa penalidade por infração à legislação do ICMS.

Por se tratar de penalidade, o legislador autoriza a imposição de uma sanção mais rigorosa, para punir e, ainda, desestimular a prática da conduta infracional.

No entanto, ainda que mais rigorosa que a multa moratória, a multa punitiva também deve ser razoável e proporcional, para que não se tornem espoliativas, destrutivas da própria atividade econômica do devedor, além do próprio recolhimento de outros tributos, que também se submetam aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja aplicação se baliza pela gravidade das infrações. Essa é a orientação do E. STF:

(...)

No caso, o percentual de 50% é evidentemente excessivo.

É certo que a tese do confisco não encontra guarida na boa doutrina, conforme a lição de Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 15'. Ed. Malheiros, p. 37/38): 'A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele. No plano estritamente jurídico, ou plano da Ciência do Direito, em sentido estrito, a multa distingue-se do tributo porque em sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de incidência de tributo é sempre algo ilícito. Em outras palavras, a multa é necessariamente uma sanção de ato ilícito, e o tributo, pelo contrário, não constitui sanção de ato ilícito. No plano teleológico, ou finalístico, a distinção também é evidente. O tributo tem por finalidade o suprimento de recursos financeiros de que o Estado necessita, e por isto mesmo constitui uma receita ordinária. Já a multa não tem por finalidade a produção de receita pública, e sim desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência, e por isto mesmo constitui uma receita extraordinária ou eventual. Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que **não pode ser confiscatório**. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança restem efetivamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória'.

Na hipótese dos autos, a multa foi arbitrada em R$ 186.651,24, ou seja, quase cinco vezes o valor do ICMS que a empresa tinha que recolher (R$ 40.474,50), o que denota claramente a desproporção da cobrança efetuada pelo fisco, bem como afronta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao menos em parte o inconformismo da apelante inicial vinga, para se admitir a redução da multa capitulada no art. 527, I, alínea 'g', do RICMS/00 para 20%.

Por outro lado, não se verifica qualquer ilegalidade ou abuso na incidência de juros sobre a multa, quando devidamente

> **dimensionada esta última, como ocorrido nesta oportunidade.**
> Por último, o pedido de concessão do efeito suspensivo à apelação restou prejudicado, ante o julgamento do apelo.
> Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, para julgar procedente em parte o pedido, **somente para reduzir a multa para 20%, mantida, porém, a sucumbência como lançada na r. sentença**. Incabível a majoração dos honorários advocatícios, nos termos do que dispõe o art. 85, §11° do NCPC, eis que se trata de sentença proferida ainda na vigência do antigo Código de Processo Civil (Cf. artigo 14 do NCPC)" (fl. 606/614e).

Da leitura dos excertos transcritos, verifica-se que o acórdão recorrido não incorreu em qualquer omissão, como ora alega a parte recorrente, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, as questões necessárias à solução da lide, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo agravante.

Assim, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento ao art. 1.022 do CPC/2015.

Nesse contexto, "**a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015**" (STJ, REsp 1.669.441/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte embargante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

DA RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR PELO ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, NOS CASOS DE TREDESTINAÇÃO

A Primeira Seção do STJ, no julgamento, em 14/03/2018, dos EREsp 1.657.359/SP, de relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA, adotou a ótica de 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**". Concluiu a Primeira Seção, ainda, que, "muito embora seja certo que as convenções particulares não

vinculam o fisco quanto à identificação da responsabilidade tributaria (art. 123 do CTN), saliento que **a cláusula relativa à responsabilidade do frete pelo comprador denominada de *Free on Board* (FOB) não infirma a realização do negócio praticado pelo vendedor de boa-fé, nem o obriga a perseguir o itinerário da mercadoria**, porquanto essa tarefa é privativa do exercício do poder de polícia pela autoridade fiscal e, por isso, indelegável", bem como que "**a responsabilidade por infração (art. 136 do CTN) também não alcança o vendedor de boa-fé**, pois, conforme já bem ponderado pelo preclaro Ministro Benedito Gonçalves, **sua configuração exige que o fisco identifique o agente ou responsável pela tredestinação, não sendo possível atribuir sujeição passiva por mera presunção**, competindo à autoridade fiscal, de acordo com os arts. 116 e 142 do CTN, espelhar o princípio da realidade no ato de lançamento, expondo os motivos determinantes que a levaram à identificação do fato gerador e o respectivo responsável tributário".

Os aludidos Embargos de Divergência providos, pela Primeira Seção, foram opostos contra acórdão da Segunda Turma, proferido no REsp 1.657.359/SP, de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, que concluíra "no sentido de que a Cláusula FOB não pode ser oposta pelo vendedor ao Fisco no intuito de exonerá-lo do pagamento do tributo devido, à luz do que dispõe o art. 123 do CTN", consoante a seguinte ementa:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. **ICMS. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR OPERAÇÃO INTERESTADUAL. VERIFICAÇÃO DE QUE A MERCADORIA NÃO DEIXOU O ESTADO DE ORIGEM. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR. INOPONIBILIDADE DA CLÁUSULA FOB (*FREE ON BOARD*) AO FISCO.** MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF.
>
> 1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC/1973, o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a *quaestio* trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.
>
> 2. **O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que a Cláusula FOB não pode ser oposta pelo vendedor ao Fisco no intuito de exonerá-lo do pagamento do tributo devido, à luz do que dispõe o art. 123 do CTN. Precedentes: REsp 886.695/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/12/2007, DJ 14/12/2007; REsp 896.045/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/9/2008, DJe 15/10/2008; EDcl no REsp 37.033/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 15/9/1998, DJ 3/11/1998.**
>
> 3. A Corte local, acerca da responsabilidade da recorrente pelo

> pagamento de multa por infração à lei tributária, assim se posicionou: 'A multa punitiva é devida pela embargante, que, como se disse, descumpriu obrigação acessória, ainda que tenha agido de boa-fé. Não houve erro da capitulação da punição, inaplicável o art. 527, I, c, do RICMS, já que o art. 527, I, g, se refere à situação específica dos autos ('falta de pagamento de imposto, quando, indicado outro Estado como destino da mercadoria, esta não tiver saído do território paulista')' (fls. 1.394-1.395, e-STJ).
> 4. Todavia, tal fundamento não foi impugnado nas razões do Recurso Especial. Sendo capaz de manter, por si só, o acórdão recorrido. Incide, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF.
> 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (STJ, REsp 1.657.359/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/05/2017).

Na oportunidade, o Ministro GURGEL DE FARIA reformou o aludido acórdão da Segunda Turma, no que foi secundado, à unanimidade, pelos demais Ministros integrantes da Primeira Seção, afirmando-se – repita-se – que "**a cláusula relativa à responsabilidade do frete pelo comprador denominada de *Free on Board* (FOB) não infirma a realização do negócio praticado pelo vendedor de boa-fé, nem o obriga a perseguir o itinerário da mercadoria, porquanto essa tarefa é privativa do exercício do poder de polícia pela autoridade fiscal e, por isso, indelegável**".

Pela clareza, transcrevo, no que importa, o voto do Ministro GURGEL DE FARIA:

> "Conforme relatado, a empresa embargante suscita a ocorrência de divergência interna entre as Turmas de Direito Público sobre a responsabilização do vendedor de boa-fé pelo pagamento do diferencial de alíquota do ICMS, entre a interestadual efetivamente paga e a interna exigida pelo fisco, em razão de a mercadoria não ter chegado no informado Estado de destino do comprador.
> Acerca desse tema, tenho que a divergência jurisprudencial foi suficientemente demonstrada.
> Com efeito, do acórdão embargado, que confirmou o julgado estadual então recorrido, é possível depreender o entendimento de que, nas operações interestaduais, o vendedor, ainda que de boa-fé, não se desonera da responsabilidade de comprovar a entrega da mercadoria declarada, sob pena de ser obrigado ao pagamento do diferencial de alíquota do ICMS, tendo em vista que a alegada cláusula FOB (*Free on Board*) não vincula o fisco. É o que se retira dos seguintes trechos do voto condutor exarado pelo eminente Ministro Herman Benjamin (com grifos adicionados):
> (...)

Já ambos os arestos paradigmas, partindo de contextos fáticos muito semelhantes, apresentaram conclusões opostas à encontrada pelo acórdão embargado.

No julgamento do REsp 1.305.856/SP, ocorrido em 11/06/2013, o relator, eminente Ministro Benedito Gonçalves, identificou que a controvérsia discutida naquele lide era sobre 'a possibilidade de o Fisco paulista, sem investigar a boa-fé do vendedor, exigir dele o ICMS com base na alíquota interna, pelo fato de o produto vendido (álcool hidratado) não ter chegado regularmente a outra unidade da Federação (Bahia)'. O voto de Sua Excelência, acompanhado à unanimidade pela Primeira Turma, **concluiu que, 'tendo o vendedor agido de boa-fé, entregando a mercadoria, emitindo a correspondente nota fiscal, não pode ser responsabilizado pela eventual destinação diversa da carga, ocorrida em possível conluio entre as partes que lhes são estranhas (transportador e comprador)**. O Fisco estadual não alega e nem comprova qualquer conduta ilícita cometida pelo então vendedor; nesse caso, a operação deve ser tributada na origem pela alíquota interestadual'.

No segundo aresto apontado, REsp 1.574.489/SP, julgado em 21/09/2017, de relatoria do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, nota-se que a controvérsia era de mesma natureza, dado que, naqueles autos, 'a autuação fiscal originária tem por suporte o fato de o álcool hidratado vendido pela COOPERSUCAR não haver sido entregue nos seus destinos (Estado da Bahia), não se sabendo que rumo tomou; ao ver do Fisco Paulista, isso é o quanto basta para exigir da empresa vendedora a parcela do tributo resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota efetivamente aplicada'. Nesse julgamento, também tomado por unanimidade de voto, **ficou assentado que, 'não tendo a COOPERSUCAR praticado nenhuma infração tributária – tanto que o Fisco Paulista nada lhe imputou, nesse sentido, e também sequer a autuação sob tal fundamento –, não há como atribuir-lhe, sem a demonstração da necessária conduta ilícita, a alegada responsabilidade pela dita infração (a mencionada tredestinação da mercadoria)**; a orientação de que, em casos assim, não surge, a responsabilidade tributária, já foi adotada pelo egrégio STJ, pela voz dos seus mais eminentes julgadores'.

Conheço, portanto, do recurso.

Quanto ao mérito, coaduno-me com a orientação consignada nos arestos apontados como paradigmas, para concluir 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.

Entretanto, 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.

Amparo minha convicção, primeiro, nos fundamentos bem lançados pelos eminentes relatores dos acórdãos ora indicados como paradigmas, os quais, para evitar tautologia, transcrevo a seguir:

REsp 1.305.856/SP, relator o eminente Ministro Benedito Gonçalves:

> Para explicar a imposição, como feito, foi invocado o artigo 136 do CTN, como suporte da pretendida responsabilidade tributária. Confira-se, por pertinente, a redação do referido dispositivo:
> [...]
> Todavia, o citado diploma legal é esclarecedor no sentido de que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável dos efeitos do ato. **No caso concreto, todavia, o Fisco não conseguiu identificar ao agente ou responsável da destinação diversa da mercadoria constate da Nota Fiscal**.
> **É incontroverso que, na operação comercial, foram cumpridas todas as exigências fiscais, com a emissão das respectivas notas de venda. Nesse contexto, não há como exigir da vendedora outras provas, que a ela não incumbe; não basta presumir-se ter havido simulação quanto ao destino das mercadorias**.
> **No caso concreto, o Fisco paulista, em verdade, busca a tributação do ICMS, pela alíquota interna, em face de a mercadoria ter sido desviada de seu destino final, com possível venda no próprio estado. No entanto, não conseguiu demonstrar que a recorrente tenha realizado essa operação fraudulenta, circunstância essa indispensável à caracterização do próprio sujeito passivo que praticou o fato econômico empregado na aplicação da alíquota**.

[...]

Assim, **embora o artigo 136 do Código Tributário Nacional - CTN diga que a responsabilidade por infrações independe da extensão dos efeitos do ato, não se deve perder de vista o que dispõe o art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN** (Leandro Paulsen, Direito Tributário, Ed. Livraria do Advogado, 2006, págs. 1.053/1.054).

Registra-se também que a responsabilidade tributária de quem não reveste a condição legal de contribuinte, tal como previsto no art. 121, I, do CTN, depende da expressa previsão normativa, como previsto no art. 121, II, do mesmo diploma legal, porém não pode ser aleatória ou arbitrária, mas deve calcar-se na solidariedade obrigacional (art. 124, I e II, do CTN) ou na ocorrência da infração, como preconiza o art. 135 do CTN. Situação essa pelo menos não comprovada pelo Fisco estadual.

REsp 1.574.489/SP, relator o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

Quanto ao núcleo da demanda, observa-se que aqui se discute o importante tema da sujeição passiva tributária e convém recordar que essa sujeição - ou a subordinação à exigência de pagamento de tributo - somente decorre de duas situações que se podem configurar, relativamente à sujeição, conforme se dispuser em lei: (i) a condição do contribuinte e (ii) a condição de responsável, sendo que cada uma dessas duas situações tem o seu perfil traçado em normas legais de hierarquia complementar (art. 121 do CTN).

A condição de contribuinte da obrigação principal (contraposta à noção de obrigação acessória) é de apreensão mais cômoda e mais fácil, porquanto o seu conceito normatizado é praticamente desenturvado de dúvidas: o art. 121, I do CTN define-o como aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador ou, em outras palavras, aquele que realiza no mundo empírico ou no universo dos fatos verificáveis (históricos ou concretos) o comportamento que a lei tributária válida e previamente define como gerador do dever jurídico de pagar tributos.

[...]

Pois bem; **neste caso, tem-se como fora de dúvida que a COOPERSUCAR não reveste a condição de contribuinte, quanto à diferença de alíquota de ICMS, porque o**

correspondente fato gerador, praticado ou ocorrido no mundo empírico (a alegada tresdestinação da mercadoria vendida, que não chegou ao seu destino, fora dos limites estaduais paulistas) não lhe pode ser imputado pessoal e diretamente (art. 121, I do CTN) e, na verdade, o Fisco sequer lhe faz realmente essa imputação.

Mas **cabe examinar, porém, se a COOPERSUCAR, neste caso, em face daquela tresdestinação, revestiria, a condição de responsável tributário (art. 121, II do CTN), que igualmente lhe atribuiria - so ocorrente - o dever jurídico de pagar o tributo pretendido pela Fazenda Paulista**.

Na definição do art. 121, II do CTN (já citado) responsável tributário é aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, seja *ex vi legis* obrigado a satisfazer o dever jurídico de pagar o tributo; a reflexão sobre o fundamento da emergência da responsabilidade tributária - de quem não reveste a condição de contribuinte - pelo pagamento de tributos, mostra que **essa responsabilidade pode decorrer de duas causas diferentes**:

> (I) **a primeira causa da responsabilidade tributária é a solidariedade**, que deriva, por sua vez, de duas vertentes, a saber: (a) a presença de interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I do CTN), e (b) a designação legal expressa (dessa responsabilidade), ainda que, por acaso, não ocorra o tal interesse comum (art. 124, II do CTN);
>
> (II) **a segunda causa de responsabilidade tributária, imputável a quem não é contribuinte, será, sem dúvida alguma, o cometimento de infrações, apuradas em processo administrativo fiscal regular (art. 135 do CTN), em cuja seara não vigora a atribuição apenas objetiva**, exigindo-se, ao contrário, o elemento moral ou subjetivo.

Comentando a primeira hipótese de solidariedade tributária (art. 124, I do CTN), diz o eminente Professor HUGO DE BRITO MACHADO que ela decorre de *norma geral tributária, aplicável a todos os tributos, mas o seu alcance, todavia, tem sido posto em dúvida* (Comentários ao CTN, vol. II, São Paulo, Atlas, p. 460); e observa o respeitado mestre tributarista cearense que a existência de interesse comum é situação que somente em cada caso pode ser examinada, alertando, porém, que nem pode a lei dizer que há interesse comum neste ou naquela situação, criando presunções

(op. cit., p. 464).

Quanto à segunda hipótese de solidariedade tributária (art. 124, II do CTN), adverte o mesmo notável doutrinador que *à primeira vista, parece que o legislador tem a liberdade de designar quaisquer pessoas como solidariamente obrigadas ao pagamento do tributo, mas anota com destaque que não é assim, porém, porque a interpretação dessa norma, como de qualquer norma jurídica, há de ser feita sem desconsideração do sistema em que encarta e especialmente das normas hierarquicamente superiores* (op. cit., p. 464).

Concluindo a sua lição, observa o notável jurista do Ceará que não é permitido ao legislador atribuir responsabilidade tributária a quem não esteja, ainda que indiretamente, relacionado ao fato gerador da obrigação respectiva, mesmo que essa atribuição seja fundada no não cumprimento do dever jurídico por aquele a quem é feita (op. cit., p. 466).

É bem verdade que, no caso de cometimento de infrações, alvitra-se a chamada (e abominável) responsabilidade tributária objetiva, que se ancoraria (no dizer dos que a sustentam) no art. 136 do CTN, mas essa sugestão é absolutamente contrária aos princípios do Direito Público moderno e, em especial, ao sistema do CTN, porquanto esse Código proclama, nos seus arts. 108, IV e 112, que a interpretação da lei tributária se fará com a aplicação da equidade e do princípio *in dubio pro contribuinte*, conforme já assinalou o preclaro Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI:

> **Apesar da norma tributária expressamente revelar ser objetiva a responsabilidade do contribuinte, ao cometer um ilícito fiscal (art. 136 do CTN), sua hermenêutica admite temperamentos, tendo em vista que os arts. 108, inciso IV e 112 do CTN permitem a aplicação da equidade e a interpretação a lei tributária segundo o princípio do in dubio pro contribuinte (REsp 494.080-RJ, DJU 16.11.04)**.

O insigne Ministro LUIZ FUX, ao analisar esse mesmo tema, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, consignou no seu voto, para asseverar a indispensabilidade do elemento subjetivo na conduta do obrigado tributário, o seguinte:

> A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da

> documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Assim, uma vez caracterizada a boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), revela-se legítimo o aproveitamento dos créditos de ICMS (REsp 1.148.444-MG, DJe 27.04.2010).

Por conseguinte, **não se detecta, neste caso, a presença dos elementos necessários à caracterização de sua condição de responsável tributário, imputável à COOPERSUCAR, porquanto não lhe pode ser atribuída, de modo algum, a responsabilidade pela não chegada aos seus destinatários, da mercadoria que regulrmente lhes vendeu, tendo tomado, aliás, como lhe competia, todas as precauções legais quanto à qualificação do transportador, ou seja, consumado a operação de venda dentro das exigências postas pelas autoridades competentes**.

Embora desnecessário, em reforço a essas brilhantes fundamentações, acresço que **a venda interestadual em comento é típica operação comercial com expressa previsão no art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, que impõe aos dois sujeitos desse negócio responsabilidades tributárias diversas, cabendo ao vendedor o recolhimento do ICMS ao estado de origem pela alíquota interestadual e ao comprador o pagamento referente ao diferencial de alíquota para o estado de destino**.

Considerando o arquétipo constitucional desse tipo de operação mercantil, realizada a venda de boa-fé, constatada mediante a verificação de adoção de precauções comerciais de estilo, com a regular entrega da mercadoria, escrituração do negócio e pagamento do ICMS pela alíquota interestadual, tenho por encerradas as obrigações tributárias por parte do vendedor.

Muito embora seja certo que as convenções particulares não vinculam o fisco quanto à identificação da responsabilidade tributaria (art. 123 do CTN), saliento que a cláusula relativa à responsabilidade do frete pelo comprador denominada de *Free on Board* (FOB) não infirma a realização do negócio praticado pelo

vendedor de boa-fé, nem o obriga a perseguir o itinerário da mercadoria, porquanto essa tarefa é privativa do exercício do poder de polícia pela autoridade fiscal e, por isso, indelegável.

Como já afirmado nos arestos indicados como paradigmas, não há previsão na Carta Política ou no CTN que autorize a responsabilização do vendedor de boa-fé pelo pagamento do diferencial de alíquota do ICMS por eventual tredestinação da mercadoria.

O que antes era implícito, agora, após a Emenda Constitucional n. 87/2015, está expresso no texto constitucional (art. 155, § 2º, VIII, 'a'), ou seja, é do comprador contribuinte do imposto a responsabilidade tributária pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS. Se o comprador deu à mercadoria destinação diversa do contratado, levando-a para outro estado que o não declarado ou mesmo a tendo revendido no próprio estado de origem, caberá a ele, e não ao vendedor de boa-fé, responder perante o fisco competente para complementar o valor do imposto devido.

A responsabilidade por infração (art. 136 do CTN) também não alcança o vendedor de boa-fé, pois, conforme já bem ponderado pelo preclaro Ministro Benedito Gonçalves, sua configuração exige que o fisco identifique o agente ou responsável pela tredestinação, não sendo possível atribuir sujeição passiva por mera presunção, competindo à autoridade fiscal, de acordo com os arts. 116 e 142 do CTN, espelhar o princípio da realidade no ato de lançamento, expondo os motivos determinantes que a levaram à identificação do fato gerador e o respectivo responsável tributário.

Não é demais lembrar que grande volume de operações interestaduais se realiza por grandes empresas vendedoras (indústria química, no caso), as quais entabulam negócios com inúmeros compradores sediados em diversas unidades da Federação, de modo que não se mostra razoável atribuir às empresas vendedoras um novo ônus tributário relacionado com a efetiva entrega da mercadorias nos destinos informados pelo compradores, mormente quanto o negócio é encetado com a cláusula FOB, em que o frete se dá por conta e risco do comprador. Pensar de maneira diferente, para reconhecer a responsabilidade objetiva das empresas vendedoras de boa-fé, representa, na prática, impor mais um ônus financeiro a esse empresário, que injustamente passará a ser garantidor da Administração para cobrir prejuízos na realidade provocados por infrações cometidas por outras empresas, situação que, ao cabo,

apenas agravará o já elevado 'risco país'.

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**.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO aos embargos de divergência, para cassar os acórdãos do recurso especial e da apelação e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que profira novo julgamento da apelação, apreciando a questão da responsabilidade tributária para o pagamento do diferencial de alíquota de ICMS à luz das alegações e das provas relacionadas com a existência ou não de boa-fé por parte da empresa vendedora**".

Assim restou ementado o acórdão dos aludidos Embargos de Divergência:

> "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" (STJ, EREsp 1.657.359/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/03/2018).

CASO ORA EM JULGAMENTO - NÃO INCIDÊNCIA DE ÓBICES À ADMISSIBILIDADE RECURSAL

O ESTADO DE SÃO PAULO suscitou, em contrarrazões, vários óbices à admissibilidade recursal (fl. 834e), que, porém, não procedem.

Ao contrário do que alegado, o Recurso Especial está devidamente fundamentado, a matéria está prequestionada, o dissídio jurisprudencial está adequadamente demonstrado, com o cotejo analítico dos julgados confrontados e da divergência de solução, e o deslinde do assunto não demanda a análise de direito local.

Por fim, **data venia, não incide, no caso, a Súmula 7/STJ, como arguido nas contrarrazões e acolhido pelo Relator**.

Com efeito, **a matéria versada nos aludidos EREsp 1.657.359/SP, de relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA, é idêntica à controvertida no presente recurso**. No caso em julgamento, **o Tribunal de origem assentou a responsabilidade da parte recorrente, uma vez que esta não se teria desincumbido "de provar o efetivo deslocamento físico das mercadorias à empresa destinatária relativamente à saída de seu estabelecimento e à chegada ao estabelecimento da suposta empresa adquirente" (fl. 608e). Ou seja, a Corte de origem atribuiu, ao estabelecimento vendedor, o ônus de comprovar a chegada da mercadoria no destino, a despeito da pactuação da cláusula FOB. A ótica adotada no acórdão recorrido, pois, diverge do**

atual entendimento desta Corte, razão pela qual o conhecimento e o provimento do Recurso Especial são medidas que se impõem.

O eminente Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, registra, na ementa de seu voto:

> "TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO DEVEDOR. BOA-FÉ AFASTADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.
> I - Na origem, o contribuinte opôs 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 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 localizado em outro estado da Federação.
> III - No referido julgado, foi analisado o entendimento manifestado pelo Tribunal *a quo*, segundo o qual seria irrelevante a verificação da boa-fé da empresa vendedora em função da previsão do art. 23, § 3º, da Lei n. 6.374/89, o que determinaria o envio dos autos ao referido tribunal para que a existência ou não da boa-fé fosse verificada. Esse entendimento deve ser mantido nas situações em que o Tribunal *a quo* não analisa a boa-fé da empresa vendedora.
> IV - **Entretanto, na situação dos autos, o Tribunal *a quo* entendeu que inexistia boa-fé da empresa vendedora, mantendo a sentença do primeiro grau, que também havia afastado a ocorrência de boa-fé do contribuinte com o indeferimento da dilação probatória pleiteada**.
> V - **A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a cláusula FOB, em que o frete se dá por conta e risco do comprador, não exonera a responsabilidade tributária do vendedor perante a Fazenda Pública**. Precedentes: REsp 1.818.454/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 27/11/2019; REsp 1.769.599/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018.
> VI - **Nesse panorama, observado que a operação interestadual**

> **realizada com cláusula FOB (*Free on Board*) por si só não afasta a responsabilidade tributária do vendedor, e que o Tribunal *a quo* entendeu que não há provas da boa-fé do contribuinte, apresenta-se impositiva a incidência do contido na Súmula n. 7/STJ, tendo em vista que, para rebater a convicção do julgador, seria necessário reexaminar o conteúdo fático-probatório dos autos, o que é indevido no estreito âmbito do recurso especial**.
> VII - **Recurso especial não conhecido**".

Com a mais respeitosa vênia ao ilustre Relator, em momento algum o Tribunal **a quo**, com fundamento na prova dos autos, afastou categoricamente a boa-fé do contribuinte ou afirmou sua participação, em conluio fraudulento, contra o Fisco. **A Corte de origem simplesmente assentou que as provas dos autos não demonstram que as mercadorias saíram do Estado de São Paulo e chegaram ao destino, na Bahia. Isso, porém, como visto acima, não elide a boa-fé da empresa vendedora**.

Com efeito, o Tribunal de origem, de fato, examinou a boa-fé do vendedor à luz das provas do processo, porque partiu da premissa juridicamente equivocada de que, como o vendedor, ora recorrente, não fez a prova de que houve o efetivo deslocamento físico das mercadorias para fora do Estado de São Paulo, com sua chegada ao estabelecimento destinatário, na Bahia, **aplica-se a presunção legal**, prevista no art. 23, § 3º, da Lei estadual 6.374/89, de ser **interna a operação** (fl. 608e), porquanto a venda com cláusula FOB não excluiria a responsabilidade do vendedor, que tem o ônus de provar o deslocamento físico da mercadoria para fora do Estado e a sua chegada ao destino, **in verbis**:

> "A apelante não apresentou motivo capaz de demonstrar a necessidade da produção probatória, permanecendo no plano das alegações genéricas.
> (...)
> De fato, neste caso, **a apelante não se desincumbiu de provar o efetivo deslocamento físico das mercadorias à empresa destinatária relativamente à saída de seu estabelecimento e à chegada ao estabelecimento da suposta empresa adquirente**, segundo determina o artigo 23, § 3°, da Lei n.° 6.374/89, '**Presume-se interna** a operação quando **o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou Distrito Federal, ou a sua efetiva exportação.**'.
> Importa destacar que **a apelante limitou-se a arguir a realização de venda com cláusula FOB** (*free on board*), **a qual não exclui a responsabilidade tributária do vendedor, nem tampouco é apta para presumir a sua boa-fé, de modo a isentá-la da prova exigida por lei**.
> (...)

> **Ausente**, portanto, **a comprovação da saída da mercadoria do território paulista, presumir-se-á interna a operação**, devendo o ICMS ser exigido com base na alíquota interna, nos termos do art. 36, § 4º, do RICMS/2000 e art. 38, § 4º do RICMS/1991" (fls. 605e, 608e e 611e).

Como se vê, o acórdão recorrido adotou premissas opostas às consagradas na jurisprudência do STJ, no julgamento dos referidos EREsp 1.657.359/SP, de relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA, inclusive quando a Corte **a quo** afirma que ao vendedor incumbe provar que a mercadoria saiu do Estado de São Paulo e chegou ao estabelecimento destinatário, na Bahia, porque **a venda com cláusula FOB não faz "presumir a sua boa-fé [do vendedor], de modo a isentá-la [a recorrente] da prova exigida por lei"** (fl. 608e). No **caput** da ementa, o Tribunal de origem registra:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. **SAÍDA DA MERCADORIA DO TERRITÓRIO PAULISTA NÃO DEMONSTRADA. CLÁUSULA FOB. CUMPRE AO REMETENTE DA MERCADORIA COMPROVAR, DE FORMA CABAL, A SAÍDA INTERESTADUAL, O QUE NÃO SE FEZ NO CASO. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ INSUFICIENTE PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA**" (fl. 601e).

O STJ, nos mencionados EREsp 1.657.359/SP, adotou tese jurídica oposta ao entendimento do acórdão recorrido, notadamente quando a Primeira Seção concluiu no sentido de que, "muito embora seja certo que as convenções particulares não vinculam o fisco quanto à identificação da responsabilidade tributaria (art. 123 do CTN), saliento que **a cláusula relativa à responsabilidade do frete pelo comprador denominada de *Free on Board* (FOB) não infirma a realização do negócio praticado pelo vendedor de boa-fé, nem o obriga a perseguir o itinerário da mercadoria, porquanto essa tarefa é privativa do exercício do poder de polícia pela autoridade fiscal e, por isso, indelegável**" e de que "a responsabilidade por infração (art. 136 do CTN) também não alcança o vendedor de boa-fé, pois, conforme já bem ponderado pelo preclaro Ministro Benedito Gonçalves, sua configuração **exige que o fisco identifique o agente ou responsável pela tredestinação, não sendo possível atribuir sujeição passiva por mera presunção**, competindo à autoridade fiscal, de acordo com os arts. 116 e 142 do CTN, espelhar o princípio da realidade no ato de lançamento, expondo os motivos determinantes que a levaram à identificação do fato gerador e o respectivo responsável tributário".

Também a sentença, **data venia**, não afastou a boa-fé do recorrente. Nela não há sequer menção à palavra boa-fé.

A sentença adotou igualmente a premissa equivocada de que, não havendo, pela ora recorrente, prova de operação interestadual, ou seja, de que a mercadoria saiu do

Estado de São Paulo, seria "lícito assumir [ou presumir] – neste contexto – que a mercadoria circulou internamente", pelo que seria inócua a realização de perícia, que indeferiu (fl. 390e). Afirma a sentença, ainda, que, "**sobre a prova pericial, tenho que a prova é dispensável**, pois a embargante não nega o destino diverso da mercadoria, **apenas impugna a sua responsabilidade no evento e a falta de prova. Diz que tendo vendido a mercadoria com a cláusula *Free on Board - FOB* a responsabilidade seria exclusiva do comprador, limitando-se sua responsabilidade pelos eventos ocorridos até a saída das mercadorias do seu estabelecimento. O destino diverso dado pelo comprador não poderia lhe gerar qualquer responsabilidade**" (fl. 388e).

Assim sendo, pedindo a mais respeitosa vênia ao Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, **entendo que, na presente hipótese, não se aplica a Súmula 7/STJ, a inviabilizar o conhecimento do Recurso Especial**.

Trata-se, no caso, de revaloração jurídica dos fatos – tal como postos no acórdão recorrido –, à luz da tese consagrada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento dos mencionados EREsp 1.657.359/SP.

A propósito, cito precedente desta Segunda Turma, **em tudo análogo ao presente caso, a envolver, aliás, as mesmas partes**, no qual a Turma **afastou o óbice da Súmula 7/STJ, adotado pela decisão monocrática**, concluindo, com fundamento no aludido pela Primeira Seção, nos referidos EREsp 1.657.359/SP, por "**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**":

> "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" (STJ, AgInt no REsp 1.795.274/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2019).

Aliás, do exame do aludido REsp 1.795.274/SP, **que envolve as mesmas partes deste processo** e que foi parcialmente provido pela Segunda Turma do STJ, verifica-se que a perícia foi indeferida por sentença cujo texto é literalmente idêntico ao que se registra nos presentes autos, quando a sentença concluiu que a perícia seria inócua (fl. 390e).

Divirjo, pois, **data venia**, do Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, **para conhecer do Recurso Especial, afastando a incidência da Súmula 7/STJ**.

OS RECURSOS ESPECIAIS 1.769.599/SP E 1.818.454/SP

Em suporte a seu voto, o Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, aponta dois precedentes da Segunda Turma. Ei-los:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. I**CMS INTERESTADUAL. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DA ALÍQUOTA DO ICMS.** OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM.

SÚMULA 7/STJ. **CLÁUSULA FOB. OPONIBILIDADE PERANTE A FAZENDA. ART. 123 DO CTN. DESCABIMENTO**. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (fl. 694, e-STJ): 'Conforme se verifica do relatório de diligências fiscais, a fiscalização apurou que as operações não ocorreram da forma apontada pela empresa embargante (fls. 90/91), não tendo a ora apelada apresentado elementos suficientes a comprovar o real destino das mercadorias'.

2. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa aos arts. 11, 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, parágrafo único, II, do CPC, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

3. **A Corte local, ao dirimir a controvérsia, concluiu que a recorrente não comprovou a saída da mercadoria do território paulista, 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**. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido seria necessário exceder as razões nele colacionadas, visto que **a instância *a quo* utilizou elementos contidos nos autos para alcançar tal entendimento, cuja análise demanda o reexame de provas, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ**.

4. **Verifica-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ de que a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tendo validade somente entre as partes e não contra o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN.**

5. Ademais, decidido o caso a partir da interpretação da legislação estadual referente à matéria, torna-se inviável a análise do caso concreto por este Tribunal Superior, ao qual não cabe rever a aplicação ou não de lei local. Incidência da Súmula 280/STF.

6. Quanto à suposta ofensa ao art. 5º da LC 87/1996 e aos valores fixados em decorrência da sucumbência recíproca, a apreciação destes pontos do Recurso Especial encontra óbice na Súmula 7/STJ.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (STJ, REsp 1.769.599/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/12/2018).

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DA ALÍQUOTA DO ICMS.** NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. MULTA.

CARÁTER CONFISCATÓRIO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.

1. **Esta Corte possui o entendimento de que, nos termos do art. 123 do CTN, a cláusula FOB não pode ser oposta perante a Fazenda Pública para exonerar a responsabilidade tributária do vendedor, tendo validade somente entre as partes.**

2. O Tribunal *a quo*, soberano na análise das provas, afirmou que i) a recorrente não comprovou a saída da mercadoria do território paulista; ii) tendo em vista a declaração de inidoneidade da compradora no Sintegra (Sistema Integrado de Informações sobre ICMS) anteriormente à data de saída das mercadorias, inócua qualquer alegação de desconhecimento acerca da situação cadastral da empresa a justificar boa-fé da recorrente, motivo pelo qual lhe imputou a responsabilidade pelo pagamento da diferença da alíquota do ICMS, bem como da multa resultante (já reduzida).

3. O Colegiado de origem também deixou certo que 'a data de publicidade da declaração de inidoneidade restou devidamente comprovada [...], sendo pretérita à saída das mercadorias referentes às operações abarcadas pelo auto de infração'. Nesse contexto de fatos e provas, incabível a diligência prevista no art. 938, § 3º, do CPC/2015.

4. Para afastar a conclusão a que chegou a Corte *a quo*, de modo a albergar as peculiaridades do caso como sustentado neste apelo, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

5. Relativamente ao apelo extremo fundado na alínea 'c' do dispositivo constitucional, é pacífica a jurisprudência desta Corte de que a incidência do enunciado 7 da Súmula do STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, haja vista a situação fática do caso concreto.

6. No que diz respeito à alegação de caráter confiscatório da multa imposta, o Tribunal estadual adotou como razão de decidir preceitos constitucionais, assim como a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que impede a análise em recurso especial.

7. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 1.818.454/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/11/2019).

Como se nota, a tese jurídica acolhida pela Segunda Turma, nos precedentes acima, não difere da que foi afastada, pela Primeira Seção do STJ, nos EREsp 1.657.359/SP. Aliás, os precedentes a que alude o Ministro HERMAN BENJAMIN, no REsp 1.769.599/SP, invocado pelo Ministro FRANCISCO FALCÃO, também foram referidos no REsp 1.657.359/SP, cujo acórdão, proferido pela Segunda Turma, foi reformado, pela Primeira Seção, nos EREsp 1.657.359/SP.

Daí se conclui que os precedentes apontados no voto do Relator contrariam o

entendimento da Primeira Seção desta Corte, nos EREsp 1.657.359/SP, julgado ao qual esta Segunda Turma deve observância, nos termos dos arts. 926, **caput**, e 927, V, do CPC vigente.

DA ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 3º, 12 E 161 DO CTN

Por fim, a questão relativa à abusividade da multa de ofício depende, naturalmente, da manutenção do auto de infração. A prevalecer o voto que ora profiro, estará, portanto, prejudicada. No entanto, para o caso de ficar vencida, enfrento a questão, que, a propósito, não foi abordada, no voto do eminente Relator.

Conforme se nota do excerto do acórdão anteriormente transcrito, o Tribunal de origem decidiu a questão sob o enfoque eminentemente constitucional, fundamentando-se, sobretudo, no princípio da vedação ao confisco e da capacidade contributiva. Dessa forma, compete ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, nesta parte, no mérito, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal.

Ante o exposto, pedindo a mais respeitosa vênia ao eminente Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, **dele divirjo**, para, **afastando a incidência da Súmula 7/STJ, conhecer, em parte,** do Recurso Especial, e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que aprecie a controvérsia, à luz das alegações e das provas relacionadas à existência ou não de boa-fé da empresa vendedora recorrente, nos termos delineados nos EREsp 1.657.359/SP.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 11/02/2020 JULGADO: 11/02/2020

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
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADOS	:	MARCELO MAZON MALAQUIAS - SP098913
		SERGIO FARINA FILHO - SP075410
		RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965
		RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 11/02/2020 JULGADO: 20/02/2020

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
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADOS	:	MARCELO MAZON MALAQUIAS - SP098913
		SERGIO FARINA FILHO - SP075410
		RICARDO CRISTIANO BUOSO - SP298169
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965
		RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 15/12/2020 JULGADO: 15/12/2020

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

Secretária
Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965 RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 15/12/2020 JULGADO: 02/02/2021

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 RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965 RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 23/02/2021 JULGADO: 23/02/2021

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 RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965 RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PARVATI TELES GONZALEZ, pela parte RECORRENTE: MAKRO ATACADISTA S.A

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

Aguardam os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 07/12/2021 JULGADO: 07/12/2021

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

Secretária
Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965 RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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:

"Adiado por indicação da Sra. Ministra Assusete Magalhães."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 21/06/2022 JULGADO: 21/06/2022

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária
Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965 RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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:

"Adiado por indicação da Sra. Ministra Assusete Magalhães."

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0183537-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.822.834 / SP**

Números Origem: 02072671620128260100 2072671620128260100 896135930

PAUTA: 21/06/2022 JULGADO: 02/08/2022

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária
Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MAKRO ATACADISTA S.A
REPR. POR	:	ROGER ALLAN ANTHONY LAUGHLIN GUEVARA
ADVOGADO	:	PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI E OUTRO(S) - SP106769
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	MILTON DEL TRONO GROSCHE - SP108965 RAQUEL DÉBORA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP118946

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:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, divergindo do Sr. Ministro-Relator, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, o realinhamento de voto do Sr. Ministro Francisco Falcão aos termos do voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

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