



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2004480 - SP (2021/0334381-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ROBERTO YUZO HAYACIDA - SP127725
AMARILIS INOCENTE BOCAFOLI - SP199944
AGRAVADO : VINICOLA SALTON S.A
ADVOGADOS : RICARDO ALEXANDRE HIDALGO PACE - SP182632
FABIANA BETTAMIO VIVONE TRAUZOLA - SP216360
EDUARDO FERRARI LUCENA - SP243202

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE PROVA. VIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. CASO CONCRETO. INAPLICABILIDADE.

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. 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" (EResp n. 1.657.359/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 14/3/2018, DJe de 19/3/2018.).

2. A reavaliação jurídica dos elementos fáticos e probatórios delineados no acórdão recorrido não encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. Hipótese em que não ocorreu o alegado reexame de prova na fundamentação da decisão agravada que deu provimento ao recurso especial para fulminar o crédito de ICMS exigido, mas sim a reavaliação jurídica dos elementos fáticos e probatórios já externados no próprio acórdão recorrido, os quais revelam que houve a apresentação por parte da empresa vendedora da documentação pertinente à regularidade da operação mercantil interestadual e, por conseguinte, ao reconhecimento de presunção de sua boa-fé, e que a má-fé imputada de ofício pela Corte de origem não decorre de prova direta produzida pelo fisco, mas de indevida presunção relacionada com circunstâncias que não se mostram aptas a serem consideradas nem como indícios de participação fraudulenta, porquanto não dizem respeito a obrigações atribuíveis à empresa vendedora.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 14/03/2023 a 20/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 20 de março de 2023.

Ministro GURGEL DE FARIA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão por mim proferida, constante às e-STJ fls. 6.038/6.050, em que, com respaldo na firme orientação jurisprudencial desta Corte Superior de que: (i) a empresa vendedora de boa-fé que realiza a operação mercantil com a cláusula FOB não pode ser objetivamente responsabilizada pelo pagamento do diferencial de alíquota de ICMS (a interestadual menos a interna) pela não comprovação da saída da mercadoria do estado de origem; (ii) a boa-fé da empresa vendedora é demonstrada com a apresentação de documentos que atestem a ocorrência e a regularidade da operação mercantil informada e (iii) o reconhecimento da existência de má-fé por parte da empresa vendedora exige prova direta a ser produzida pelo fisco, não podendo ser presumida, conheci do agravo e dei provimento a recurso especial interposto por VINÍCOLA SALTON S.A. para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença que julgara procedente o pedido deduzido nos embargos à execução fiscal.

Nas suas razões (e-STJ fls. 6.060/6.062), o ente público agravante alega que, "para prover o recurso especial e afastar a responsabilidade do agravado pela infração tributária, o i. Ministro Relator, a partir de uma releitura da avaliação efetuada pelo TJSP sobre o acervo probatório, procedimento que, além de vedado pelo óbice contido na Súmula 07/STJ, configura manifesta supressão de instância".

Pugna pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso especial da empresa agravada e, em caráter subsidiário, a devolução dos autos para a realização do juízo de conformação com o precedente que julgou o Recurso Especial repetitivo n. 1.148.444/MG.

A parte agravada apresentou impugnação (e-STJ fls. 6.067/6.076).

É o relatório.

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.004.480 - SP (2021/0334381-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ROBERTO YUZO HAYACIDA - SP127725
AMARILIS INOCENTE BOCAFOLI - SP199944
AGRAVADO : VINICOLA SALTON S.A
ADVOGADOS : RICARDO ALEXANDRE HIDALGO PACE - SP182632
FABIANA BETTAMIO VIVONE TRAUZOLA - SP216360
EDUARDO FERRARI LUCENA - SP243202

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. TREDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DE PROVA. VIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. CASO CONCRETO. INAPLICABILIDADE.

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. 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" (EREsp n. 1.657.359/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 14/3/2018, DJe de 19/3/2018.).

2. A reavaliação jurídica dos elementos fáticos e probatórios delineados no acórdão recorrido não encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. Hipótese em que não ocorreu o alegado reexame de prova na fundamentação da decisão agravada que deu provimento ao recurso especial para fulminar o crédito de ICMS exigido, mas sim a reavaliação jurídica dos elementos fáticos e probatórios já externados no próprio acórdão recorrido, os quais revelam que houve a apresentação por parte da empresa vendedora da documentação pertinente à regularidade da operação mercantil interestadual e, por conseguinte, ao reconhecimento de presunção de sua boa-fé, e que a má-fé imputada de ofício pela Corte de origem não decorre de prova direta produzida pelo fisco, mas de indevida presunção relacionada com circunstâncias que não se mostram aptas a serem consideradas nem como indícios de participação fraudulenta, porquanto não dizem

respeito a obrigações atribuíveis à empresa vendedora.

4. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Os argumentos ora deduzidos não convencem.

Vejamos a fundamentação que empreguei na decisão agravada para dar provimento ao recurso especial da empresa:

Preenchidos os pressupostos legais, conheço do agravo para, desde logo, examinar o recurso especial.

Na origem, cuidam os autos de ação ordinária ajuizada pela recorrente para impugnar auto de infração lavrado pelo fisco do Estado de São Paulo que lançou créditos referentes à diferença de ICMS entre a alíquota interna, que entende devida, e a alíquota interestadual, utilizada na operação, em razão da ausência de prova de que a mercadoria chegou ao estado de destino informado na nota fiscal.

O juiz de primeira instância julgou procedente o pedido, com a seguinte motivação:

Após a análise da documentação constante nos autos, a perita nomeada por este juízo concluiu que "o Auto de Infração de Imposição e Multa nº 4.071.750-1 abrange o período de janeiro a dezembro de 2011 e conforme atestado pelo Fisco do Estado do Piauí (fls. 1522 dos autos), a empresa A.

Francisco de Souza ME encontra - se cancelada no Cadastro de Contribuinte do Estado do Piauí desde 10/2013." Segundo a perita (fls. 5582), a Autora apresentou o primeiro Contrato de Representação Comercial celebrado com a Representante Comercial "FACE"(1993). Não foram localizados os adendos. Não foi disponibilizado prontuário da empresa A. Francisco de Souza Me, como exemplo, contrato social e alterações, certidões negativas da empresa e dos seus respectivos sócios e fichas cadastrais, comprovante de funcionamento da empresa no devido local indicado no documento fiscal e do endereço dos seus respectivos sócios.

Entretanto, os documentos demonstram que as vendas das mercadorias ocorreram na modalidade FOB, onde a empresa destinatária foi a responsável pela contratação do transporte, pagamento do frete e retirada do estabelecimento da Autora até o local de destino das mercadorias.

Foram apresentados os recibos de entrega das mercadorias (canhoto da Nota Fiscal), a maioria dos canhotos estão com carimbos da data de saída e assinatura do motorista indicado na Nota Fiscal, e estes estão em consonância com as Declarações emitidas pelo transportador e as cópias da CNH e CRLV (fls. 5586). *Esse elemento é muito importante, sendo um sério indício de venda real.* Quanto aos conhecimentos de transportes, a Autora não possui, por força do RICMS, que estabelece que nenhuma das vias é entregue a empresa vendedora das mercadorias. O RICMS (art. 153 e 154) estabelece que serão emitidas no mínimo 05 vias do CTRC, sendo que a 1ª via será entregue ao tomador do serviço, a 2ª via acompanhará o transporte até o destino, servindo como comprovante de entrega a 3ª via acompanhará o transporte, a 4ª via ficará presa ao bloco, para exibição ao fisco e a 5ª via acompanhará o transporte para exibição ao fisco destino e nenhuma delas fica com a empresa vendedora.

Não foram juntados cartões de visita, mas foi apresentada a cópia da correspondência por e-mail, da empresa que intermediou a venda (fls. 5583), emails com a autorização do representante comercial FACE, com nome do motorista, placa do veículo e número do pedido (fls. 5587). Conforme alegado pela Autora, tal empresa intermediou as vendas entre ela e a empresa A. Francisco de Souza ME.

No Livro de Controle de Selos, obrigatório na época, para atendimento às determinações da Receita Federal do Brasil, que possui as entradas e saídas dos produtos acabados em estoque, bem como o saldo, confirmando os registros de baixas das saídas na mesma data dos documentos fiscais (fls. 5590).

As notas fiscais autuadas possuem os dados necessários, conforme o artigo 127 do RICMS/00, exceto a placa do veículo, que entretanto é possível de ser identificado pelo conteúdo dos e-mails (fl. 5592).

Conforme comprovantes de depósitos e extratos bancários, os recebimentos dos valores foram efetuados em dinheiro, impossibilitando a identificação exata do remetente dos depósitos. Todavia, os valores depositados e dia de vencimento das faturas coincidem com as informações contidas nas Notas Fiscais.

Considerados os elementos identificados pela perícia, é de se concluir que a autora tem razão. Não há elementos suficientes para se presumir uma venda simulada, ou para se afastar a boa-fé do vendedor.

Posto isto, julgo a ação procedente para declarar a nulidade da CDA n.º 1.242.516.923 e, conseqüentemente, sustar o protesto do referido título, de forma definitiva.

Arcará a Fazenda do Estado com custas, despesas e honorários, que fixo em 10% do proveito econômico obtido.

Irresignada, a Fazenda Pública estadual apelou para defender a minoração dos honorários periciais; a ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto indeferido o pedido de retorno dos autos ao perito para responder quesitos complementares; a validade do auto de infração quanto à exigência do diferencial de alíquota do imposto da empresa vendedor, pois "foi ela quem emitiu nota fiscal contendo declaração falsa quanto ao estabelecimento de destino e com alíquota indevidamente reduzida", não tendo comprovado a sua boa-fé; a legalidade da multa tributária imposta e a redução dos honorários advocatícios.

Na sequência, o TJ/SP deu parcial provimento ao recurso, vindo a indeferir os pedidos de redução dos honorários periciais e de declaração de nulidade processual por cerceamento de defesa, mas, por outro lado, a reformar a sentença quanto à validade do auto de infração, modificando, apenas, o índice de juros moratórios e o percentual de uma das multas aplicadas, com a consequente redistribuição dos ônus sucumbenciais. Vejamos, no que aqui importa, a motivação consignada no acórdão recorrido:

Acerca do mérito, a Súmula 509 do STJ, o REsp. 1.148.444, submetido ao rito dos repetitivos, e os EREsp 1.657.359, este último especialmente invocado pela apelada para sustentar sua pretensão recursal, partem todos de uma mesma premissa: a existência, nos autos, de prova suficiente da boa-fé daquele contra quem foi lavrado o AIIM por alguma ilegitimidade dos documentos fiscais.

Acrescente-se apenas que nos citados embargos de divergência a C. Corte Superior dispôs que se tratando o autuado de fornecedor, não cabe a ele averiguar a efetiva destinação da mercadoria, o que, em tela, reflete na interpretação a ser dada à cláusula FOB, que regeu as operações mercantis abarcadas na autuação.

Sem prejuízo, o C. Superior Tribunal de Justiça deixa claro que o ônus dessa prova é do contribuinte e que a boa-fé apresenta alguns aspectos objetivos, como a demonstração do pagamento pelas mercadorias, a escrituração regular das notas fiscais questionadas e a constatação de que a declaração de inidoneidade foi posterior às operações acobertadas por tais notas.

Contudo, a boa-fé não se limita ao aspecto objetivo, englobando também o subjetivo, e é nesse ponto que carece de robustez a tese defendida pela autora.

No primeiro parágrafo do relatório circunstanciado assim consta (fls. 61 grifei):

O presente trabalho iniciou-se após verificações fiscais no contribuinte em epígrafe, onde se constatou a prática de vendas interestaduais na modalidade FOB, em volumes e valores muito superiores ao das vendas internas no Estado de São Paulo, incontestavelmente o maior mercado consumidor e maior renda.

A constatação supra, pedra angular da fiscalização, não foi contrariada pela autora e constitui relevante indício de existência de esquema fraudulento.

É inegável que a apelada possuía ciência da natureza do estabelecimento adquirente, ou negligenciou a respeito, dado que se tratava de microempresa, classificação que pressupõe limite anual de faturamento de R\$360.000,00, absolutamente incompatível com o volume das vendas efetuadas. Nos extratos de consulta ao SINTEGRA, emitidos pela própria autora, é esclarecido que “Documento fiscal emitido por esta inscrição NÃO gera crédito ao destinatário”, o que indica que a microempresa se enquadrava no Simples Nacional, que igualmente envolve a limitação supra.

Nos mesmos documentos também consta informação de que CNAE primário do adquirente era o de número 4712-1/00, qual seja, “Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armazéns”, e o secundário o de número 4723-7/00, “Comércio varejista de bebidas”, evidenciando descompasso em relação aos produtos negociados.

Essa discrepância já havia sido muito bem observada pelo TIT no julgamento do recurso administrativo interposto pela contribuinte (fl. 1277):

7.3 - Ademais, trago à baila um argumento, ao meu ver, cabal, que deve ser consignado neste caso, tendo em vista que a ora Recorrente vendeu durante o ano de 2.011 o valor de R\$2.369.185,36 a uma microempresa. Ou seja, não há a mínima possibilidade de se sustentar a tese defendida pela Recorrente de que as operações ocorreram ou que a Recorrente estaria de boa-fé, tendo em vista o destinatário tratar-se de ME- Microempresa, amparada pela Lei Complementar 123/2006, e que poderia sabidamente pelos mandamentos legais faturar até o limite de R\$ 360.000,00 ao ano. Ou seja, como uma simples mercearia (varejista) do interior do Piauí enquadrada como Microempresa poderia adquirir só de bebidas “quentes” mais de 2,3 milhões de reais?

O absoluto desencontro entre o enorme volume de vendas e a natureza da adquirente, aliado ao fato de que a alíquota interestadual do ICMS em operações de saída de mercadorias de São Paulo com destino ao Piauí é de 7%, substancialmente inferior à alíquota interna de 25%, constituem forte evidência de que a autora possuía ciência do caráter fraudulento das operações ou deveria ter e foi negligente, preocupando-se apenas em receber o preço.

E não é só.

Inexiste qualquer documento nos autos que comprove contato com a compradora, seja diretamente ou por intermédio da empresa FACE, alegadamente responsável pela captação do cliente. Embora a apelada alegue que o serviço em questão se prestaria justamente para eliminar as tratativas diretas com clientes, não se vislumbra qualquer razão para que a autora não tenha juntado aos autos tais provas, que seriam de fácil acesso, dada a relação de longa data estabelecida com a intermediária (contrato inicial entabulado em 1993).

A prova dos pagamentos por vezes é falha, pois diversos dos comprovantes não permitem identificação da origem, conforme se vê da planilha de fls. 2127 2131, elaborada pela i. expert.

Os depósitos foram realizados em dinheiro, em espécie, método que, embora não ilegal, é comumente utilizado como subterfúgio para ocultar o real pagador. Ademais, os valores foram depositados em agência bancária localizada no Estado da Bahia, coincidentemente o local da sede da empresa intermediária, levantando ainda mais suspeitas acerca da veracidade das operações. Note-se que não se está a dizer que cabia à autora recusar os pagamentos realizados nesses moldes, mas sim que o fato, dentro do não infirmado contexto inicial apresentado pela fiscalização, somente corrobora a conclusão pela fraude

tributária.

Tampouco é crível que a autora não desconfiasse do valor do frete, muito embora esse ficasse a cargo da adquirente das mercadorias, por força da cláusula FOB. As quantias cobradas eram gritantemente inferiores à média do mercado, não sendo necessários maiores esforços, mesmo de leigos nesse tocante, para notar que os valores não guardam a mínima correspondência com o esperado para a distância a ser percorrida entre os Estados de São Paulo e Piauí e o volume de carga envolvido.

Ainda quanto ao frete, o exame das notas fiscais revela curto intervalo de tempo entre cada um dos pedidos, tornando ainda mais questionável a viabilidade do transporte individualizado destes para uma microempresa localizada a mais de 2.000 km de distância.

Quanto aos documentos comprobatórios da efetiva entrada da mercadoria no Estado do Piauí, embora a apelante não estivesse obrigada a possuí-los, certo é que à época da fiscalização, poderia ter diligenciado a fim de obtê-los, o que, contudo, não foi sequer intentado.

Tudo somado, o que se tem é um mosaico de indícios consistentes apontando para o conhecimento, por parte da autora, da fraude perpetrada, o que, dado o fato de que dessa fraude também decorria benefício para ela (a diferença de alíquota na saída), implica o mesmo quadro a respeito de sua participação na ilicitude, ou ao menos, desconsiderar as evidências para ver facilitada a negociação.

Portanto, o caso é de improcedência do pedido principal formulado na ação anulatória.

[...]

Com a improcedência do pedido principal, deve arcar a autora com 80% das custas e despesas processuais.

No julgamento dos embargos de declaração a Corte *a quo* acrescentou:

A alegação preliminar de erro material e julgamento *extra petita* é descabida, porquanto a existência de esquema fraudulento é mera decorrência lógica da manutenção das constatações realizadas pela fiscalização no relatório circunstanciado, que apontavam para o conhecimento da autora acerca da real destinação das mercadorias.

Do que se observa, não há falar em negativa de prestação jurisdicional, visto que a Corte estadual, ao reconhecer a responsabilidade tributária da recorrente, foi clara ao consignar o seu entendimento de que ela não logrou comprovar a realização da operação comercial informada na nota fiscal por ela emitida e que o reconhecimento de existência de esquema fraudulento decorre da manutenção das constatações realizadas pela fiscalização tributária.

Quanto à questão da responsabilidade tributária, no entanto, melhor sorte socorre a recorrente.

Isso porque a compreensão adotada pela Corte estadual destoa da orientação jurisprudencial desta Corte Superior acerca do tema, segundo a qual a empresa vendedora de boa-fé que, mediante a apresentação da documentação fiscal pertinente e a demonstração das cautelas de praxe adotadas, 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 ICMS pela alíquota interna 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 ao pagamento dos tributos que deixaram de ser oportunamente recolhidos.

A esse propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

[...]

Essa posição pretoriana foi consolidada no âmbito de Primeira Seção, quando do julgamento dos EREsp 1.657.359/SP, DJe 19/03/2018. Para evitar desnecessária tautologia, transcrevo a fundamentação contida no voto condutor desse julgado, por mim proferido, *in verbis*:

[...]

No presente caso, como visto, a sentença e o próprio acórdão recorrido assentaram que a empresa vendedora apresentou a documentação que tinha disponível para demonstrar a regularidade das operações interestaduais por ela realizadas, tais como o pagamento pelas mercadorias, a escrituração regular das notas fiscais e a constatação de que a declaração de inidoneidade é posterior às operações questionadas, estando, assim, comprovada a boa-fé "em seu aspecto objetivo".

Entretanto, o TJSP foi mais além nos requisitos para reconhecer a boa-fé da empresa vendedora, exigindo outros identificados como "subjettivos", os quais se referem à existência de circunstâncias que, a toda evidência, não são de sua responsabilidade, para, ao final, presumir a participação em esquema fraudulento de sonegação fiscal, que, destaca-se, nem sequer foi apontado na apelação fazendária.

Para essa finalidade, a Corte bandeirante partiu inicialmente do motivo que ensejou o início dos trabalhos da fiscalização tributária, que teria constatado que a empresa recorrente teria praticado "vendas interestaduais na modalidade FOB em volumes e valores muito superiores ao das vendas internas no Estado de São Paulo, incontestavelmente o maior mercado consumir e maior renda".

Essa circunstância econômica, embora mesmo apta a justificar o início dos trabalhos de fiscalização, não pode, de forma alguma, ser considerada como elemento de prova, nem sequer indiciário, para a conclusão de participação intencional da empresa vendedora em esquema de fraude.

A discrepância entre o porte econômico da empresa adquirente (microempresa) e o volume de compras por ela efetuada não induz à inexistência da operação e muito menos à conduta maliciosa da empresa compradora.

Como cediço, não há proibição para a realização de vendas em volume elevado à empresa optante do SIMPLES, cabendo a essa responder por eventual infringência a esse regime especial de recolhimento de tributos.

Por outro lado, não se mostra evidente, quiçá correta, a premissa consignada no julgado estadual de que as mercadorias vendidas ("bebidas quentes" – alcoólicas) estariam em descompasso com o CNAE primário e secundário da empresa adquirente, quais sejam: "comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias e armazéns" e "comércio varejista de bebidas".

Frise-se que as tratativas prévias não são pressuposto necessário para a realização de operação comercial, de modo que não é exigível a comprovação de sua existência como condição para o recolhimento da boa-fé objetiva dos negociantes.

Em relação aos pagamentos, embora mencione a estranheza de terem sido realizados em dinheiro e depositados em agência bancária localizada noutro estado, a própria Corte de origem reconhece que "não se está a dizer que cabia à autora recusar o pagamento realizados nesses moldes".

Já o valor e a frequência dos fretes também não dizem respeito à empresa vendedora, mas à empresa compradora, visto que as operações comerciais foram realizadas com a cláusula FOB.

Essas considerações revelam que a autuação não merece mesmo subsistir.

Conforme a tese firmada no julgamento dos aludidos embargos de divergência, a boa-fé da empresa vendedora é demonstrada com a juntada dos documentos de que dispunha relacionados com a regularidade das operações comerciais informadas, competindo ao fisco afastar essa presunção mediante efetiva comprovação de má-fé.

No presente caso, reitero que a apelação fazendária nem sequer mencionou a existência de participação dolosa da empresa vendedora em esquema fraudulento de sonegação.

Referida má-fé somente veio a ser reconhecida no julgamento da apelação e, a toda evidência, de maneira equivocada, porquanto não lastreada em prova direta, mas

em ilações retiradas de circunstâncias que não se mostram aptas a serem consideradas nem como indícios, porquanto, como acima explicado, não dizem respeito a obrigações atribuíveis à empresa vendedora.

Destaco, por oportuno, que a Corte Especial, quando do exame do Tema do 243 do STJ, reafirmou que "a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova" (REsp 956.943/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 1º/12/2014).

Em outras palavras, o reconhecimento da má-fé na conduta do contribuinte pressupõe juízo de valor fundado em prova específica, sendo inadmissível a presunção desse elemento subjetivo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, CONHEÇO do agravo para DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de procedência integral do pedido exordial.

Pois bem.

Importa destacar, desde logo, que no presente agravo interno a Fazenda Pública do Estado de São Paulo não impugna diretamente a extensa motivação que utilizei para a aplicar na espécie a firme orientação jurisprudencial de que: (i) a empresa vendedora que mediante a apresentação da documentação própria demonstra a sua boa-fé na realização de operação mercantil com a cláusula FOB não pode ser objetivamente responsabilizada ao pagamento do diferencial de alíquota de ICMS (a interestadual menos a interna) pela não comprovação da saída da mercadoria do estado de origem; (ii) o reconhecimento da existência de má-fé exige a apresentação de prova direta pela parte interessada, não podendo ser presumida pelo magistrado, como ocorreu na espécie.

Conforme relatado, o ente público agravante fundamentalmente se insurge contra o conhecimento do recurso especial da empresa agravada, sob a alegação de que o seu provimento, tal como decidido pela decisão agravada, decorreu de reexame do acervo fático-probatório considerado pela Corte *a quo*, o que encontraria óbice no entendimento consolidado na Súmula 7 do STJ.

Ocorre que, a toda evidência, não houve o afirmado reexame de prova, mas sim a reavaliação jurídica dos elementos fáticos e probatórios já externados no próprio acórdão recorrido, os quais revelam que houve a apresentação por parte da empresa vendedora da documentação pertinente à regularidade da operação mercantil e, por conseguinte, ao reconhecimento de presunção de sua boa-fé, e que a má-fé imputada de ofício pela Corte de origem não decorre de prova direta produzida pelo fisco, mas de indevida presunção relacionada com circunstâncias que não se mostram aptas a serem consideradas nem como indícios, porquanto não dizem respeito a obrigações atribuíveis à empresa vendedora.

Saliento, ainda, que, diversamente do afirmado pela parte agravante, o caso dos autos, que se refere à cobrança da empresa vendedora do ICMS pela alíquota interestadual, não guarda pertinência com precedente obrigatório que julgou o REsp 1.148.444/MG (Tema n. 272 do STJ), o qual versa sobre o aproveitamento pela empresa compradora de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de entrada posteriormente declaradas inidôneas, não havendo, portanto, a necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para fins de juízo de conformação.

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, tenho que o presente

Superior Tribunal de Justiça

inconformismo não representa interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente, a ensejar, por decisão unânime do Colegiado, a multa processual prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no AREsp 2.004.480 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2021/0334381-0

Número de Origem:
10060807120188260053

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

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : VINICOLA SALTON S.A

ADVOGADOS : RICARDO ALEXANDRE HIDALGO PACE - SP182632
FABIANA BETTAMIO VIVONE TRAUZOLA - SP216360
EDUARDO FERRARI LUCENA - SP243202

AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : ROBERTO YUZO HAYACIDA - SP127725

PROCURADOR AMARILIS INOCENTE BOCAFOLI - SP199944

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : ROBERTO YUZO HAYACIDA - SP127725
AMARILIS INOCENTE BOCAFOLI - SP199944

AGRAVADO : VINICOLA SALTON S.A

ADVOGADOS : RICARDO ALEXANDRE HIDALGO PACE - SP182632
FABIANA BETTAMIO VIVONE TRAUZOLA - SP216360
EDUARDO FERRARI LUCENA - SP243202

TERMO

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

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 21 de março de 2023