



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2047323 - SP (2023/0009604-0)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MONICA TONETTO FERNANDEZ - SP118945
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. CLÁUSULA FOB. OMISSÃO SOBRE A BOA-FÉ DO VENDEDOR NAS OPERAÇÕES DE ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO CARACTERIZADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não é o caso de incidência da Súmula n. 7/STJ na medida em que a tese provida não diz respeito ao mérito recursal, mas ao acolhimento da preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

2. A Corte *a quo* restou omissa acerca da responsabilidade do vendedor de boa-fé no destino da mercadoria transportada pelo comprador e acerca dos precedentes deste Tribunal Superior, os quais entendem pela impossibilidade de se imputar ao vendedor de boa-fé, que não entrega as mercadorias no destino, a responsabilidade por irregularidades cometidas exclusivamente pela empresa adquirente.

3. A omissão é relevante uma vez que o entendimento firmado pela Primeira Seção deste e.STJ está no sentido de que a 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, 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.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/08/2023 a 28/08/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 28 de agosto de 2023.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2047323 - SP (2023/0009604-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MONICA TONETTO FERNANDEZ - SP118945
AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S.A
ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. CLÁUSULA FOB. OMISSÃO SOBRE A BOA-FÉ DO VENDEDOR NAS OPERAÇÕES DE ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO CARACTERIZADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não é o caso de incidência da Súmula n. 7/STJ na medida em que a tese provida não diz respeito ao mérito recursal, mas ao acolhimento da preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

2. A Corte *a quo* restou omissa acerca da responsabilidade do vendedor de boa-fé no destino da mercadoria transportada pelo comprador e acerca dos precedentes deste Tribunal Superior, os quais entendem pela impossibilidade de se imputar ao vendedor de boa-fé, que não entrega as mercadorias no destino, a responsabilidade por irregularidades cometidas exclusivamente pela empresa adquirente.

3. A omissão é relevante uma vez que o entendimento firmado pela Primeira Seção deste e.STJ está no sentido de que a 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, 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.

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra a decisão de minha relatoria, assim ementada:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. CLÁUSULA FOB. OMISSÃO SOBRE A BOA-FÉ DO VENDEDOR NAS OPERAÇÕES DE ICMS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Em suas razões recursais, a agravante sustenta que o acórdão recorrido consignou que a agravada não apresentou os documentos fiscais pertinentes que

comprovassem a ocorrência da operação de circulação de mercadoria, razão pela qual o acolhimento do recurso especial seria inviável a teor da Súmula n. 7/STJ.

Pugna, por fim, pela reconsideração da decisão, em juízo de retratação, ou pelo julgamento do presente recurso pelo Órgão Colegiado.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se, na origem, de embargos à execução fiscal opostos pela ora agravado aduzindo a inexigibilidade do diferencial de alíquota de ICMS cobrado pelo Fisco. Na ocasião, a parte sustentou que vendeu mercadorias com a cláusula FOB e destacou a alíquota interestadual em razão do destino ser em Estado diverso. Afirmou que o fato de o comprador remeter a mercadoria para outro Estado ou fraudar o Fisco não gera responsabilidade para a vendedora, que agiu de boa fé.

Provido o recurso especial para determinar o retorno dos autos à origem em virtude de omissão, a Fazenda pretende afastar o acolhimento do pleito recursal aduzindo que incide o óbice da Súmula n. 7/STJ.

A insurgência não comporta acolhida.

Não é o caso de incidência da Súmula n. 7/STJ na medida em que a tese provida não diz respeito ao mérito recursal, mas ao acolhimento da preliminar de negativa de prestação jurisdicional.

A Corte *a quo* restou omissa acerca da responsabilidade do vendedor de boa-fé no destino da mercadoria transportada pelo comprador e acerca dos precedentes deste Tribunal Superior, os quais entendem pela impossibilidade de se imputar ao vendedor de boa-fé, que não entrega as mercadorias no destino, a responsabilidade por irregularidades cometidas exclusivamente pela empresa adquirente.

A fundamentação do acórdão local no sentido de que a cláusula FOB não é oponível ao Fisco e de que não houve comprovação da realização de operação interestadual não é suficiente à resolução da demanda porquanto ausente análise da boa-fé da agravada ao adotar as cautelas de praxe.

No mais, vale destacar que a omissão é relevante uma vez que o entendimento firmado pela Primeira Seção deste e.STJ está no sentido de que a 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, 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.

Em idêntico sentido, cito:

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.

(REsp n. 1.822.834/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 5/9/2022.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.

ICMS. CLÁUSULA FOB. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ALÍQUOTA INFERIOR À DO MERCADO INTERNO. AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. TRESDESTINAÇÃO DA MERCADORIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO VENDEDOR PELO PAGAMENTO DA DIFERENÇA DA ALÍQUOTA DO ICMS. BOA-FÉ. VERIFICAÇÃO. NECESSIDADE.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.657.359/SP, firmou posicionamento segundo o qual: a) "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"; b) "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".

2. O aresto vergastado diverge do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, porque conclui ser irrelevante perquirir acerca da boa-fé da empresa vendedora para lhe imputar a responsabilidade pelo pagamento da diferença de alíquota.

3. Recurso Especial parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância ordinária a fim de que profira novo julgamento, decidindo a questão da responsabilidade tributária relativa ao pagamento do diferencial de alíquota de ICMS com base nas alegações e nas provas relacionadas à existência ou não de boa-fé da empresa vendedora, prejudicada a análise dos demais tópicos.

(REsp n. 1.834.090/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/10/2019, DJe de 18/10/2019.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 2.047.323 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2023/0009604-0

Número de Origem:

01721128320118260100 01721128320118260100027290420201282600005000 01721128320118260100150000
0172112832011826010050000 027290420201282600005000 0272904202012826000050000 1006916082
116652011 1721128320118260100 1721128320118260100027290420201282600005000
1721128320118260100150000 172112832011826010050000 27290420201282600005000
272904202012826000050000 895568061

Sessão Virtual de 22/08/2023 a 28/08/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MAKRO ATACADISTA S.A

ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769

RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : MONICA TONETTO FERNANDEZ - SP118945

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : MONICA TONETTO FERNANDEZ - SP118945

AGRAVADO : MAKRO ATACADISTA S.A

ADVOGADO : PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/08/2023 a 28/08/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 29 de agosto de 2023