



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2019.0000433467**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1030524-71.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EBEG COMÉRCIO DE EMBALAGENS E DESCATÁVEIS EIRELI.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Gabriel Prata", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES E LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 27 de maio de 2019.

**REINALDO MILUZZI**  
**RELATOR**  
Assinatura Eletrônica



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**  
**APEL.Nº: 1030524-71.2018.8.26.0053**  
**APTE. : ESTADO DE SÃO PAULO**  
**APDA. : EBEG EMBALAGENS DESCARTÁVEIS EIRELI**  
**COMARCA: SÃO PAULO – 16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**JUIZA : ANA LUIZA VILLA NOVA**

**VOTO Nº 28809**

*EMENTA AÇÃO ANULATÓRIA – AIIM - Débito fiscal decorrente de AIIM – Realização de operações comerciais com empresa declarada inidônea, por simulação de endereço - Autora que comprovou a efetiva realização das operações mercantis – A inidoneidade da inscrição só gera efeitos contra terceiros depois de publicada, mas deve ser acompanhada de comprovante da regularidade das operações.*

*ICMS – JUROS - Nova sistemática de juros de mora para os tributos e multas estaduais, decorrente da aplicação das inovações estabelecidas pela Lei Estadual nº 13.918/09 – Incidente de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 parcialmente acolhido, pelo Colendo Órgão Especial deste Eg. Tribunal – Compatibilidade da lei paulista com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim - Legalidade da aplicação da Taxa SELIC – Recurso não provido.*

**RELATÓRIO.**

A r. sentença de fls. 699/702, declarada a fls. 716/717, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente ação ajuizada pela apelada contra a Fazenda do Estado de São Paulo, para o fim de declarar a nulidade do débito fiscal consubstanciado no AIIM 4.082.511-5, exceto quanto a seu item 1.2, fundado em operações realizadas entre a autora e a empresa



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Bird Plast Indústria e Comércio de Embalagens LTDA. Em decorrência da sucumbência mínima da autora, determinou a condenação da Fazenda ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em 8% sobre o proveito econômico obtido.

Irresignada, recorre a Fazenda, alegando que apurou em diligências fiscais a inidoneidade da fornecedora, causando o indevido aproveitamento dos créditos por parte da autora; que, para comprovar sua boa-fé, a apelada deveria demonstrar o cumprimento de requisitos previstos no REsp 1.148.444; que, nos termos do RICMS, a irregularidade do emitente de documentos fiscais torna as operações também irregulares, sendo irrelevante o destino das mercadorias; que a autora deveria ter adotado as cautelas necessárias com o objetivo de saber com quem negociava; que o fato de a inidoneidade ter sido declarada em data posterior às das operações em nada influencia a situação de imprestabilidade das notas fiscais; que o procedimento fiscal foi regular; que o art. 23 da Lei Complementar 87/96 e 36 da Lei Estadual 6.374/89 estipulam que o aproveitamento dos créditos do ICMS dependem de nota fiscal hábil; que a fiscalização tributária concluiu que o estabelecimento da fornecedora nunca realizou nenhuma operação mercantil; que não é a expedição ou publicação do ato que cria a obrigação, pois essa já decorre de lei; que a simples posse de inscrição no cadastro de contribuintes não confere regularidade ao comerciante; que a responsabilidade tributária independe da situação do agente; que os juros moratórios devem ser calculados pela Lei Estadual 13.918/09; que a multa aplicada não é irrazoável ou desproporcional.

Recurso tempestivo.

Contrarrazões a fls. 800/806.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**FUNDAMENTOS.**

Consta da inicial que a autora praticou atos de comércio com a empresa Bird Plast Indústria e Comércio de Embalagens LTDA., conforme notas fiscais de fls. 41/73, nos períodos entre novembro de 2013 e março de 2014 e maio de 2013 e maio de 2014, totalizando R\$ 161.007,00.

Foi a embargante autuada por infringência aos arts. 59, §1º, item 3 e 61 do RICMS (Dec. 45.490/00), com capitulação da multa descrita nos artigos 85, II, “c” e “j” c/c §§1º, 9º e 10º do RICMS, lavrado o auto de infração nº 4.082.511 (fls. 33/37), sob a alegação de que a empresa supracitada, com a qual teria entabulado atos comerciais, foram consideradas inidôneas por simulação de existência.

A r. sentença atacada julgou a ação parcialmente procedente, por considerar que as operações comerciais travadas entre a apelada e a empresa Bird Plast Indústria e Comércio de Embalagens LTDA. foram devidamente comprovadas, reconhecendo o direito ao creditamento do ICMS.

Contudo, a MMª. Juíza *a quo* entendeu que o item 1.2 do AIIM deveria ser mantido, porquanto trata-se de infração consistente no creditamento de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos relativos à entrada de mercadorias.

De proêmio, verifico que somente na data de 28 de julho de 2017 foi publicada a declaração de inidoneidade da empresa (fls. 31), aferida na data de 25 de agosto de 2015, com declaração retroativa de inidoneidade das operações desde 12 de março de 2012 (fls. 615/618).

Ou seja, apenas posteriormente às operações comerciais que deram origem à referidas notas fiscais (novembro de 2013 a março de 2014) é que foi publicada a existência de tal irregularidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Predomina neste E. Tribunal o entendimento de que a declaração de inidoneidade emitida pelo Fisco possui eficácia "ex nunc", não prejudicando o crédito de ICMS decorrente de operações anteriores.

Inequívoca a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de "... só se exige do comprador a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetivamente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição fazendária como contribuinte do tributo..." (AgRg no Ag nº 173.817/ RJ - Rel. Min. ARI PARGENDLER - DJU de 06.04.98 - p. 95) isso porque "... a inidoneidade da inscrição do vendedor só gera efeitos contra terceiros depois de publicada..." (REsp nº 77.631/SP - Rel. Min. ARI PARGENDLER - DJU de 08.09.97 - p. 42.437).

Neste sentido, também o seguinte precedente, julgado sob o regime de recursos repetitivos:

" PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel.*

*Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998).*

*2. 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" (norma aplicável, in casu, ao alienante).*

*3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*aproveitamento dos créditos de ICMS.*

5. *O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN.*

6. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1148444/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010)*

Assim também já se decidiu em feitos semelhantes nesta Câmara:

*“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS – Auto de infração e imposição de multa – Declaração de inidoneidade de notas fiscais, posteriormente à ocorrência da operação mercantil – Boa-fé do contribuinte – Comprovação de entrada efetiva de mercadoria no estabelecimento comercial – Ocorrência de circulação de mercadoria configurada – Crédito devido – Impossibilidade de dar-se efeitos ex tunc à declaração em tal situação – Sentença de procedência mantida – Honorários devidamente aplicados – Recurso fazendário improvido. (Apelação nº 0035283-71.2013.8.26.0053, Rel. Des. Silvia Meirelles, j. em 16/11/2015).*

*“Ação anulatória – Auto de infração lavrado em razão do creditamento supostamente indevido de ICMS – Operações realizadas com empresa considerada inidônea – Sentença de procedência – Recurso voluntário da Fazenda – Desprovimento de rigor – Declaração de inidoneidade que possui eficácia ex nunc – Precedentes – A inidoneidade da inscrição só gera efeitos contra terceiros depois de publicada – Efetividade das operações mercantis que restou suficientemente*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*demonstrada – R. sentença mantida – Recurso voluntário desprovido.”*  
(Apelação nº 1013206-80.2015.8.26.0053, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 05/10/15).

*“APELAÇÕES – Ação anulatória de débito fiscal – Creditamento indevido de ICMS e entrega de documentação fiscal em desacordo com a legislação tributária – Procedência parcial – Preliminar de intempestividade do apelo da autora afastada - Inocorrência de cerceamento de defesa – Pretensão de reforma – Possibilidade, em parte - Notas fiscais emitidas por empresas consideradas inidôneas - Declaração de inidoneidade que não tem efeito retroativo e, portanto, só produz efeitos após a sua publicação – Boa-fé que se evidencia com a existência das operações comerciais – Autora que comprova apenas parte dos negócios jurídicos correspondentes às notas fiscais consideradas inidôneas – Insubsistência parcial da autuação – Multa a incidir sobre valor remanescente do débito – Inconstitucionalidade da nova sistemática de juros de mora para os tributos e multas estaduais, decorrente da aplicação das inovações estabelecidas pela Lei Estadual nº. 13.918/09 – Incidente de Inconstitucionalidade parcialmente acolhido, pelo Colendo Órgão Especial deste Eg. Tribunal – Compatibilidade da lei paulista com a CF, desde que a taxa de juros adotada, seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim - Precedentes – Sentença reformada, em parte, repartidas as verbas sucumbenciais – Rejeição de matéria preliminar – Apelação da autora a que se dá parcial provimento - Apelação do Estado a que se nega provimento.”* (Apelação nº 0007285-31.2013.8.26.0053, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. em 28/09/2015).

Na hipótese em tela, a declaração de inidoneidade das empresas somente foi publicada pela Fazenda após a emissão das notas fiscais em comento, conforme se depreende dos autos, de modo que não



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

havia como a embargante saber da situação irregular daquelas empresas.

Contudo, ainda que não se negue que a declaração de idoneidade não possa retroagir para prejudicar terceiros, a autora deve comprovar a efetiva ocorrência das operações mercantis e sua boa-fé, não presumível. É que a declaração em questão não pode ser considerada isoladamente como fundamento de anulação da autuação fiscal, devendo ser levada em consideração a omissão da autora no tocante à apresentação de documento comprobatório da existência das operações, de maneira a afastar a alegação da prática de infrações tributárias.

Com efeito, o reconhecimento da boa-fé do contribuinte depende da apresentação não só das notas fiscais relativas à operação, mas de documentos que atestem satisfatoriamente a realização da operação descrita, o que poderia, em tese, albergar a sua pretensão.

A autora alega que estabeleceu relação comercial com a empresa declarada inidônea, consistente no recebimento de mercadorias, cuja entrada no estoque é comprovada pelos documentos de fls. 74/101.

E os comprovantes de pagamento das notas fiscais estão juntados a fls. 113 e seguintes, com a menção nominal a ambas as empresas.

Assim sendo, entendo que a documentação amealhada pela autora é suficiente para comprovar que as declarações inseridas nas notas fiscais eram verdadeiras, de maneira a possibilitar o creditamento do imposto.

De outro lado, conforme registrado na sentença, o cálculo dos juros moratórios com base na Lei Estadual 13.918/09 não deve prevalecer.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Isso porque o Órgão Especial deste Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade, para afastar a aplicação da Lei nº 13.918/2009 e determinar que os juros moratórios devem ser limitados aos índices da taxa SELIC.

No julgamento da ADI 442, que tratava sobre a criação, pelo Estado de São Paulo, da UFESP, para fins de atualização de débitos tributários, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a correção monetária é matéria de direito financeiro, sendo a competência para sobre ela legislar concorrente (art. 24, I, Constituição). Dessa forma, cabe à União a edição de normas gerais a respeito do assunto, restando aos Estados-membro a competência suplementar.

No julgado, ficou assentado que a União estabeleceu norma geral que dispõe sobre correção monetária (Lei Federal nº 9.250/95) e, por tal razão, os Estados não estão autorizados a legislar sobre índices que extrapolem os juros nela previstos.

Ora, é inegável que os juros de mora são também assunto atinente ao direito financeiro, e que, por via de consequência, se submetem à competência legislativa concorrente entre União e Estados-membro. Com base neste entendimento, o C. Órgão Especial decidiu pela “inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dadas pelo Estado” aos artigos 85 e 96 da Lei nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei nº 13.918/09.

Por isso, foi dada parcial procedência à arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, *“de modo que a taxa de juros aplicável ao montante do imposto ou a multa não exceda aquela incidente na cobrança dos tributos federais”*.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Com efeito, o índice previsto na Lei Estadual nº 13.918/09 é visivelmente superior ao estipulado na Lei Federal nº 9.250/95. Correta, desta feita, a adequação dos juros aos índices da Taxa SELIC, porque já vigente a Lei Estadual nº 13.918/09 quando da constituição dos débitos (v. fls. 27/31).

Por fim, imperioso ressaltar que a taxa SELIC, por conter em sua formação índices de correção monetária e de juros, não pode incidir cumulativamente com quaisquer outros índices. Neste sentido, vejam-se os seguintes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – MULTA PUNITIVA (ART.35 DA LEI 8212/91 – CORREÇÃO MONETÁRIA – TAXA SELIC : LEGALIDADE .*

*1. A taxa SELIC tem sido considerada de plena legalidade, sendo aplicada pelo STJ como sendo o verdadeiro índice de correção dos débitos fiscais e previdenciários.*

*2. Entende-se que a taxa SELIC já traz embutido o valor dos juros, não sendo devidos em separado, se aplicada a taxa de correção questionada.*

*3. Multa punitiva que tem embasamento legal, sendo devida, independentemente do alto valor de incidência.*

*3. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 462.308/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 13/12/2004, p. 283-grifado)*

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPI. CREDITAMENTO. MATÉRIA-PRIMA ISENTA, NÃO-TRIBUTADA OU SUJEITA À ALÍQUOTA ZERO. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DESDE A DATA EM QUE O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS PODERIA TER SIDO FEITO*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA.*

*(...)*

*4. Não cabe a incidência de juros moratórios sobre os créditos escriturais. Além disso, o acórdão recorrido fez incidir a taxa SELIC para a correção dos créditos, a qual já possui embutidos juros em conjunto com o indexador monetário.*

*5. Recurso especial não-provido.” (REsp 797.123/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2006, DJ 15/05/2006, p. 176-grifado)*

Por fim, considerando o desfecho do presente recurso, de rigor a observância da disposição contida no § 11º do art. 85 do novo Código de Processo Civil e assim, majorar os honorários advocatícios em razão dos debates havidos em seara recursal. Nesta linha:

*“No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos enunciados administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos, quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).*

*Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.” (AglInt no REsp 1703414/MG, Rel. Ministra*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018,  
DJe 22/02/2018).

Deste modo, tendo em conta o trabalho adicional realizado em sede recursal pela apelada, hei por bem majorar em 10% (dez por cento) o valor arbitrado em Primeira Instância.

Para o fito de dirimir qualquer dúvida, consigno que o percentual de 10%, ora arbitrado, incidirá sobre aquele valor fixado na sentença, substituindo-o.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

**REINALDO MILUZZI**  
Relator