



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0001041681

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005905-65.2016.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante SERTUBOS COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA, vencedor, J. M. RIBEIRO DE PAULA, vencido, EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES, OSVALDO DE OLIVEIRA E SOUZA NERY.

São Paulo, 10 de dezembro de 2019.

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 34549

APELAÇÃO Nº 1005905-06.2016.8.26.0597 (autos digitais)

COMARCA: SERTÃOZINHO

APELANTE: SERTUBOS COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO

ICMS. Ação anulatória de débito fiscal. Declarada inidônea pelo fisco estadual. Operações anteriores. Aproveitamento de créditos. Boa-fé da adquirente e efetiva existência das operações mercantis. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 509. Da autora o ônus da prova, não cabendo exigir do fisco estadual prova de fato negativo. Não comprovada a realidade de operações que motivaram a apropriação de créditos de ICMS. Improcedência da demanda nesse aspecto. Multa fiscal. Não pode superar o valor do imposto devido, para não incidir em efeito confiscatório, vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição Federal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Atualização do débito não pode exceder a taxa SELIC. Recurso parcialmente provido, para limitar a atualização do débito à taxa SELIC e a multa fiscal ao valor do imposto devido. Sucumbência recíproca, arcando cada parte com as despesas do processo em proporção, o Estado somente em termos de reembolso, também com os honorários dos patronos da outra, fixados em doze por cento do valor em que cada parte sucumbiu em relação ao pedido.

A sentença, proferida em 11 de julho de 2018, pela eminente juíza, Doutora Daniele Regina de Souza Duarte, rejeitou pedido de anulação de débito fiscal apontado em auto de infração, por insuficiência de provas da realidade das operações mercantis em que foi baseado o aproveitamento de créditos do ICMS, deixando de reconhecer a abusividade da multa fiscal aplicada, e limitou os juros de mora à taxa SELIC, tendo fixado honorários advocatícios em dez por cento do valor atualizado da causa, de R\$ 1.603.166,91, fls. 276 e 585/592.

Apela a autora pela total procedência da demanda, alegando que a declaração de inidoneidade fiscal da empresa fornecedora é posterior às transações comerciais realizadas, sendo vedada a retroatividade de ato administrativo em desfavor da apelante; que o direito ao creditamento do ICMS tem fundamento no princípio constitucional da não cumulatividade; que a multa fiscal não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pode exceder o valor do imposto devido e que a atualização do débito tem que ser limitada à taxa SELIC.

Recurso respondido, fls. 739/746.

É o relatório.

Estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça, com a Súmula 509: *É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.*

Era da autora o ônus da prova, pois sequer cabia exigir do fisco estadual prova de fato negativo.

Todavia, como bem observou a sentença, fls. 587, *in medius*, “Não basta, para tanto, o relatório de notas fiscais (fls. 82/91), registro de entradas (fls. 92/93) e recibos de pagamentos, sem qualquer identificação (fls. 94/169)”.

Quanto à multa fiscal, consta do auto de infração pelo valor de R\$ 1.076.098,00, para um valor de imposto devido da ordem de R\$ 425.505,56, fls. 72/73.

Todavia, não pode superar o valor do imposto devido, para não incidir em efeito confiscatório, vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição Federal, conforme os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

MULTA PUNITIVA DE 120% REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA CORTE.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, nº 836.828/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Data de Julgamento: 16-12-2014, Data de Publicação: 10-02-2015.

Por fim, a atualização do débito deve ser limitada à taxa SELIC, que corrige os créditos tributários da União, englobando correção monetária e juros de mora, dado que os juros não podem ir além dos frutos civis do capital, como ocorre com os juros da Lei Estadual 13918/2009, consignados no auto de infração, fls. 72, item 2, de 0,13% ao dia, 3,9% ao mês e 46,8% ao ano, absurdamente acima da taxa SELIC, atualmente de 5,0% ao ano, e de qualquer rendimento de capital.

Destarte, apenas para limitar a atualização do débito à taxa SELIC, englobando correção monetária e juros de mora, e a multa fiscal ao valor do imposto devido, **DÁ-SE** parcial provimento ao recurso.

Em virtude da sucumbência recíproca, arcarão as partes com as despesas do processo em proporção, o Estado somente em termos de reembolso, e com os honorários dos patronos da outra, fixados em doze por cento do valor em que cada parte sucumbiu em relação ao pedido.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

EDSON FERREIRA DA SILVA
Relator Designado



APELAÇÃO CÍVEL Nº 1005905-65.2016.8.26.0597.

Comarca de Sertãozinho – 2ª Vara Cível – Juíza Daniele Regina de Souza Duarte.

Apelante: SERTUBOS COMÉRCIO, IMP. E EXPORT. LTDA.
Apelada: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO Nº 28.779.2

Ação anulatória de débito fiscal, com o objetivo de anular a cobrança contida no AIIM 4.031.866-7, instaurado em razão de a autora ter se creditado indevidamente de ICMS, relativo à aquisição de mercadoria de empresa considerada inidônea.

A r. sentença, de relatório adotado, acolheu, em parte, o pedido, *“mantendo-se a exigibilidade do tributo indicado nos autos, todavia, com o necessário recálculo do valor devido, com a consequente exclusão da taxa de mora prevista no art. 96, da Lei 6.374/89, com redação dada pela Lei Estadual 13.918/09, para a aplicação da taxa SELIC, nos termos da fundamentação, e declaro o processo extinto, com resolução do mérito”* ¹

Recorre a autora pela reforma da sentença para acolhimento integral do pedido; recurso processado e contra-arrazoado. ²

Votos vencedores dos eminentes Desembargadores EDSON FERREIRA, OSVALDO DE OLIVEIRA e SOUZA NERY, 2º, 4º e 5º Juízes, respectivamente, que deram parcial provimento ao recurso de apelação para limitar a atualização do débito à taxa SELIC e a multa fiscal ao valor do imposto devido. Vencidos este Relator e o eminente Desembargador SOUZA MEIRELLES.

Fundamentação

¹ Sentença, fls. 585/592

² Recursos de apelação, fls. 595/629; contrarrazões, fls. 739/746.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Anoto **equivoco** da **folha de rosto**. Conforme anotações que encontrei no campo de JV do SAJ, não fiquei vencido sozinho; o Des. Meirelles votou no mesmo sentido, pelo provimento integral do recurso.

Pesem os fundamentos do voto do eminente Relator designado, meu voto acolhia a por inteiro o recurso de apelação.

A autora efetuou operações de compra com a empresa C.S. de Souza Alumínios – ME, no período de setembro de 2011 a abril de 2012; referida empresa foi declarada inidônea em junho de 2012 (fl. 75), por isso a operação foi considerada irregular pela FESP.

Sustenta que agiu de boa-fé, as operações efetivamente ocorreram, recolheu os tributos devidos, à época não havia óbice à transação, que foi regularmente contabilizada.

Diferentemente do que alega a FESP, não há como reputar má-fé à autora, que não se presume; não havia nada de irregular na empresa vendedora que pudesse fazê-la suspeitar de irregularidade na transação, a declaração de inidoneidade é posterior às operações mercantis.

Tomadas as cautelas de praxe, não há como sustentar ter agido a autora de forma imprudente, daí a insubsistência do ato administrativo.

Não poderia a autora substituir o fisco em sua atividade, sendo suficiente para demonstrar a sua boa-fé objetiva a verificação da aparência da transação, que não era, em si, suspeita.

A constatação de inidoneidade fiscal de empresa regularmente inscrita posterior à operação mercantil não justifica a imposição de responsabilidade tributária ao adquirente. Este E. Tribunal de Justiça já decidiu:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ICMS –NULIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE DOCUMENTOS FISCAIS – PROVA DA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES COMERCIAIS COM EMPRESA POSTERIORMENTE DECLARADA INIDÔNEA. 1. A declaração de inidoneidade de empresa não tem efeitos retroativos. 2. Empresa gráfica optante do SIMPLES que recebeu mercadoria, adquirida e transportada por terceiros, de empresas então em situação regular. Crédito de ICMS não aproveitado. Ausência de poder e dever de fiscalizar in loco estabelecimentos particulares. Ausência de responsabilidade tributária. Pedido procedente. Sentença mantida. Reexame necessário desacolhido. Recurso desprovido (**Apelação nº 1016860-46.2013.8.26. 0053; Relator: Décio Notarangeli; Comarca: São Paulo; 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/06/2016**).

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS – NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS – O creditamento de ICMS relativo à operação comercial efetivamente realizada antes da declaração de inidoneidade da nota fiscal .não constitui infração tributária passível de ensejar a lavratura de AIIM – presunção de boa-fé do contribuinte corroborada pelo robusto acervo probatório colacionado aos autos – inteligência do Enunciado nº 509, da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça – desconstituição do ato administrativo, objeto de impugnação (AIIM nº 4.046.813-6) – sentença de procedência da ação reformada em parte mínima, apenas para adequar o valor arbitrado na origem a título de verba honorária sucumbencial aos critérios de ponderação estatuídos nas alíneas do §3º, do art. 20, do CPC/73 (vigente à época dos atos processuais que lhe dão suporte). Recurso da FESP provido em parte mínima (**Apelação nº 1029502-17. 2014.8.26.0053; Relator: Paulo Barcellos Gatti; Comarca: São Paulo; 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/05/2016**).

Anulatória de débito fiscal – Autuação ilegal, em razão de suposto creditamento indevido de imposto, em virtude de compra de empresa inidônea – Declarações de inidoneidade que ocorreram praticamente três anos depois do negócio firmado entre as empresas – Ausência de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provas de que a empresa tenha agido de má-fé, em conluio com as empresas vendedora – Autuação indevida – Precedentes – Recurso improvido (**Apelação nº 0005388-35.2010.8.26.0291; Relator: José Luiz Gavião de Almeida; Comarca: Jaboticabal; 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 17/05/2016**).

O C. STJ, em sede de julgamento de recursos repetitivos, firmou entendimento a respeito:

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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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**).

Para finalizar, a FESP não demonstrou que a operação, de fato, não ocorreu, por isso, a sentença de improcedência, a meu juízo, deveria ser reformada.

Diante do exposto, meu voto dava provimento ao recurso da autora para o fim de julgar procedente a ação e anular o AIIM 4.031.866-7, com os ônus da sucumbência a cargo da FESP.

Desembargador RIBEIRO DE PAULA

Relator sorteado (vencido)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

	Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	4		Acórdãos Eletrônicos	EDSON FERREIRA DA SILVA	815E1E0
5	9		Declarações de Voto	JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA	F7CBACB

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1005905-65.2016.8.26.0597 e o código de confirmação da tabela acima.