



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000030405

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022904-48.2020.8.26.0114, da Comarca de Paulínia, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte aos recursos oficial, considerado interposto, e voluntário. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) E TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2022.

ANTONIO CARLOS VILLEN

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO N.º 1.151/21

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO N.º 1022904-48.2020.8.26.0114

COMARCA: PAULÍNIA – 1ª VARA

APELANTE/RECORRENTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA/RECORRIDA: CRIA SIM PRODUTOS DE HIGIENE LTDA – EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL

JUIZ: CARLOS EDUARDO MENDES

ICMS. Auto de infração e imposição de multa. Ação anulatória. Empresa fornecedora que, mesmo após ser declarada contribuinte do ISSQN por decisão judicial, continuou destacando o valor correspondente ao ICMS nas notas fiscais por ela emitidas. Notificação encaminhada pela Fazenda Estadual à autora para estorno de créditos e recolhimento do tributo. Lavratura do auto de infração. Impossibilidade. Cobrança indevida. Aproveitamento de créditos relativos a operações anteriores. Princípio da não-cumulatividade. Declaração obtida pela empresa fornecedora que não constitui coisa julgada oponível à autora, que não tinha ciência da decisão. Fazenda Estadual que não questiona a realização das operações comerciais, tampouco a boa-fé da autora. Possibilidade de escrituração dos créditos à época dos fatos. Jurisprudência do STJ e deste Tribunal sobre a matéria. Sentença que julgou procedente o pedido. Recursos oficial, que se considera interposto, e voluntário providos em parte para reduzir a verba honorária arbitrada pela sentença.

Trata-se de ação ajuizada em face da Fazenda do Estado de São Paulo pela apelada, que pede a anulação do AIIM nº 4.127.089-7. A r. sentença julgou procedente a ação (fls. 122/124).

Em suas razões recursais (fls. 132/151), a Fazenda do Estado alega que a autora efetuou creditamento indevido de ICMS no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2018, em razão da Escrituração Fiscal Digital no Registro de Entradas de Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em nome da empresa Index Label – Indústria Gráfica Ltda. Afirma que referida empresa obteve decisão favorável em ação por ela ajuizada – proc. nº 1006144-52.2016.8.26.0053 -, na qual foi declarada nos autos do contribuinte do ISS, e não do ICMS. Por isso, acrescenta, o crédito de ICMS utilizado pela

autora não corresponde a imposto recolhido na operação anterior, o que justificou a lavratura do AIIM. Alega que a autora foi notificada a estornar os valores creditados, mas não o fez. Assevera que a boa-fé da empresa não é relevante, pois *“só se pode compensar na etapa subsequente do ICMS aquilo que foi efetivamente recolhido na etapa antecedente.”*. Acrescenta que a multa foi corretamente aplicada. Pede o provimento do recurso para que a ação seja julgada improcedente, ou, subsidiariamente, sejam reduzidos os honorários advocatícios fixados pela sentença.

Recurso tempestivo e não respondido.

É O RELATÓRIO.

A sentença está sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 496, I, do Código de Processo Civil, inaplicável a dispensa prevista no §3º, inciso II, em razão do proveito econômico obtido pela autora com a anulação do AIIM.

A apelada foi autuada porque *“creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 2.977.935,01 (dois milhões, novecentos e setenta e sete mil, novecentos e trinta e cinco reais e um centavo), no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2018, em virtude da Escrituração Fiscal Digital no Registro de Entradas das Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) [...] emitidas em nome de INDEX LABEL – INDÚSTRIA GRÁFICA LTDA”, pois “referido emitente obteve decisão favorável do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do processo 1006144-52.2016.8.26.0053, ao ser considerado contribuinte do ISS e não ICMS”* (fl. 38, -grifei).

O creditamento efetuado pela autora não foi, porém, indevido. Ela adquiriu mercadorias de uma empresa que destacava o valor de ICMS em suas notas fiscais e que, mesmo após decisão judicial que a declarou contribuinte do ISSQN, continuou destacando o valor correspondente àquele

imposto. Correta, portanto, a conclusão do Magistrado ao consignar que a autora não cometeu infração, visto ***“ter adquirido mercadoria de uma empresa que, até então, era contribuinte do ICMS [...] sendo que agiu equivocadamente a empresa Index, quanto emissora dos documentos fiscais, com destacamento indevido do tributo.”*** (fls. 122/124, -grifei).

Diversamente do afirmado pelo apelante, as operações efetivamente realizadas com empresa posteriormente declarada contribuinte do ISS devem ser consideradas válidas. Não se pode penalizar a empresa adquirente pela conduta da fornecedora, uma vez que ela não tinha ciência da mencionada ação então ajuizada pela Index Label Indústria Gráfica Ltda. - proc. nº 1006144-52.2016.8.26.0053 - , na qual esta pedia, e obteve, declaração judicial de ser contribuinte do ISS. Nada indica, também, que ela tivesse conhecimento de que uma parte das notas fiscais havia sido emitida de modo irregular, após aquela declaração.

Ficou demonstrado, sim, que a empresa Index Label emitiu as notas fiscais de saída com o destaque do ICMS, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2018 (fls. 41/69). As mercadorias referentes às notas foram adquiridas pela autora, que pagou os produtos com o acréscimo do respectivo imposto e lançou os créditos correspondente com base no princípio da não-cumulatividade. É certo que a autora não juntou documentos correspondentes àqueles pagamentos, mas o fato é que eles não foram sequer contestados pela ré. Ressalte-se, aliás, que esta, em nenhum momento, impugnou a realização das operações que geraram os créditos lançados pela autora. Tampouco a boa-fé desta foi questionada pela ré.

Ora, se o valor referente ao ICMS foi indevidamente destacado nas notas fiscais emitidas pela fornecedora, não há como se imputar à apelada a prática de infração, pois, sem ter ciência da declaração proferida nos autos do processo acima mencionado, podia, como fez, escriturar os

crédito correspondentes. Cumpre salientar que “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*” (art. 506, CPC).

Igual entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ICMS. CREDITAMENTO. ESTORNO INEXIGÍVEL.

1. Inexiste omissão no acórdão recorrido. Ainda que o Tribunal de origem não tenha feito menção expressa aos arts. 19 a 21 da LC87/1986, é inquestionável que emitiu juízo respeito de seu conteúdo (creditamento do ICMS e inexigibilidade de estorno). Prequestionamento implícito que afasta a violação do art. 535 do CPC.

2. Hipótese em que a recorrida **adquiriu embalagens de uma terceira empresa. Na oportunidade, apropriou-se do ICMS constante das notas fiscais, na forma da legislação vigente, conforme a interpretação dada pelo próprio fisco. A fornecedora das embalagens vinha depositando o valor do tributo em juízo e, ao final da demanda, conseguiu reconhecimento judicial da não-incidência do ICMS sobre suas vendas, razão pela qual levantou os depósitos. O Estado, em face dessa decisão favorável à fornecedora, exige o estorno do crédito pela adquirente dos produtos (a recorrida).**

3. A recorrida **jamais descumpriu a legislação tributária, como interpretada à época pelo fisco. Pagou pelo ICMS incluído no preço das embalagens e destacado na nota fiscal. Como consequência, creditou-se do valor correspondente, repassando-o aos seus próprios clientes. Não ofendeu a sistemática da não cumulatividade prevista pelos arts. 19 a 21 da LC 87/1986, sendo inexigível o estorno dos créditos de ICMS.** Precedente: **REsp 773.675/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 13.03.2007, DJ 02.04.2007.

4. O que ocorreu foi o enriquecimento da fornecedora das embalagens que, apesar de nunca ter recolhido ICMS (os depósitos judiciais foram levantados ao final da demanda), repassou o custo correspondente aos seus clientes, destacando-o nas notas fiscais de venda. Essa questão, que é a causa do "prejuízo" ao erário, não é objeto imediato da presente demanda, não podendo

onerar a recorrida.

5. Recurso Especial não provido. (REsp nº 1060869/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 16.09.2008).

Em igual sentido, precedentes deste E. Tribunal:

“[...] Pretensão de anular Auto de Infração e Imposição de Multa decorrente de operações realizadas com empresa que obteve posteriormente o reconhecimento judicial de que está sujeita ao ISSQN e não ao ICMS. Notificação do contribuinte para estornar os créditos e recolher o tributo, com posterior lavratura de AIIM. Cobrança indevida. Aproveitamento dos créditos de ICMS relativos a operações anteriores em decorrência do princípio da não-cumulatividade. Existência de coisa julgada entre a Fazenda e outra empresa não pode ser oposta a ora autora. Escrituração regular dos créditos na época dos fatos. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do STJ. Sentença mantida. Recurso improvido.” (TJSP; Apelação Cível 1065818-19.2020.8.26.0053; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/08/2021; Data de Registro: 27/08/2021)

“TRIBUTÁRIO. AIIM. Ação anulatória de débito fiscal. Aquisição de mercadorias de fornecedor cuja atividade se sujeita à tributação de ISSQN; não do ICMS, conforme reconheceu decisão judicial posterior à relação negocial. Notificação do contribuinte para efetuar o estorno dos créditos. Fisco deixou escoar o prazo de 5 anos para homologação do lançamento. Observância do art. 150, §§ 1º e 4º, do CTN. Decadência parcialmente configurada. Cobrança indevida quanto ao remanescente. Aproveitamento dos créditos de ICMS relativos a operações anteriores em decorrência do princípio da não-cumulatividade. Precedente do STJ. Recursos não providos.” (TJSP; Apelação Cível 1065719-83.2019.8.26.0053; Relator (a): Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/08/2020; Data de Registro: 18/08/2020)

“APELAÇÕES. ICMS. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE

INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA. Aquisição de mercadorias de fornecedor cuja atividade mercantil se sujeitou à tributação de ISSQN, conforme decisão judicial posterior à operação comercial. **Notificação do contribuinte para efetuar o estorno dos créditos. Cobrança indevida. Aproveitamento dos créditos de ICMS relativos a operações anteriores em decorrência do princípio da não-cumulatividade. Garantia constitucional.** Precedentes do c. STJ. [...]” (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1007197-09.2018.8.26.0438; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Penápolis - 4ª Vara; Data do Julgamento: 31/07/2020; Data de Registro: 31/07/2020)

“**APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA – Auto de Infração e Imposição de Multa – Aquisição de mercadorias de fornecedor cuja atividade mercantil se sujeitou à tributação de ISSQN, conforme decisão judicial posterior à transação comercial – Notificação do contribuinte para efetuar o estorno dos créditos e recolhimento do tributo – Notificação não atendida, AIIM lavrado – Cobrança indevida – Aproveitamento dos créditos de ICMS relativos a operações anteriores em decorrência do princípio da não-cumulatividade – Garantia constitucional – Precedentes – Procedência mantida – Honorários majorados – Recursos oficial e da Fazenda desprovidos, e provido o apelo da autora.**” (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1042564-22.2017.8.26.0053; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/08/2018; Data de Registro: 29/08/2018)

Por essas razões, o pedido inicial é mesmo procedente.

No tocante ao pedido de redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios, observa-se que a sentença os fixou em 1% do valor atribuído à causa, o que resulta no montante de R\$ 85.542,74 (oitenta e cinco mil quatrocentos e quarenta e dois reais e setenta e quatro centavos).

Tal valor não se mostra condizente com o grau de complexidade da demanda, cumprindo assinalar, a esse respeito, que o julgamento foi antecipado. O arbitramento da verba honorária no patamar mencionado se afasta dos parâmetros estabelecidos no §2º do artigo 85 do CPC, em especial o que preconizam seus incisos III (“*a natureza e a importância da causa*”) e IV (“*o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*”). Assim como ocorre quando o valor da causa (ou proveito econômico obtido) é muito baixo (art. 85, §8º do CPC), entendo que, no presente caso, não foi correta a fixação dos honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, de modo que o arbitramento ocorreu em montante desproporcional às características da demanda.

A apreciação equitativa aplica-se a ambas as hipóteses, com o intuito de assegurar o arbitramento razoável e proporcional às peculiaridades do caso concreto, afastando-se o risco de arbitramento em valor irrisório, ou excessivo.

De acordo com esse entendimento, vale transcrever as considerações expendidas pelo Des. Vicente de Abreu Amadei:

Aplicando-se, então, o art. 85, §§ 3º, 4º e 5º, do NCPC, e considerando o valor não corrigido da execução em R\$ 179.380.234,45, equivalente a 191.441,01 salários-mínimos atuais (o valor do salário mínimo atual é de R\$ 937,00), a verba honorária assim calculada considerando o percentual fixado em sentença de 15% (quinze por cento) resulta no montante de R\$ 26.907.035,16. Esse, então, seria o

valor da verba honorária. Ocorre, entretanto, que, de fato, para o presente caso, simples embargos à execução fiscal no qual não houve relevante debate jurídico e exaustivo trabalho de advogado, nada obstante o expressivo valor tributário exigido, há, em verdade, grande desproporção naquele valor de verba honorária em relação ao trabalho, tempo e natureza do processo, a justificar, por critério de interpretação isonômica, a fixação da verba honorária por equidade e afinal, se no valor irrisório justificaria a equidade, no valor excessivo, extremamente desproporcional à causa e ao trabalho realizado, também, por igualdade de trabalho, justifica a mesma fixação por equidade. Assim, considerando todos os elementos e critérios legais de fixação da verba honorária (especialmente os do § 2º do art. 85 do novo CPC), justificada, por equidade, reduzir a verba honorária (atento também ao valor da execução), mas fixando-a em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), que também atende com justiça, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (Apelação nº 1003322-59.2016.8.26.0322, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Vicente de Abreu Amadei, j. 04.04.2017)

Por essas razões, os honorários advocatícios devem ser arbitrados, por equidade, em atenção ao disposto no art. 85, §8º, do Código de Processo Civil. Em atendimento ao § 11 do mesmo artigo, eles comportam fixação no montante de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), quantia que atende aos parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC e já leva em consideração o trabalho desempenhado em grau recursal pelos patronos da autora.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso oficial e voluntário da Fazenda Estadual, apenas para reduzir a verba honorária, nos termos expostos.

ANTONIO CARLOS VILLEN

RELATOR