



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4086904-0	2016	4086904-0	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES
Sustentação Oral Requerida:	NÃO

VOTO INICIAL DO RELATOR - Juiz: MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

**Ementa:**

ICMS - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO por receber mercadorias tributadas sujeitas ao regime de substituição tributária, sem a comprovação da retenção do imposto. As operações foram consideradas desacompanhadas de documentação fiscal nos termos do artigo 184, inciso I do RICMS (Decreto 45.490/00) – DECADÊNCIA PARCIAL ACOLHIDA – REDUÇÃO DA MULTA, tendo em vista a alteração da redação da Lei 6374/89, nos termos da Lei 16497/17 - Não conheço do Recurso Especial da Fazenda Pública; e conheço parcialmente do recurso especial da autuada, e dou-lhe provimento, nos termos expostos, acolhendo a decadência parcial e a redução da multa aplicada no item I.1, consoante previsão da Lei 16497/17

**Relatório e Voto:**

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Especial misto, interposto pela Fazenda Pública, às fls. 1133 a 1168, e pelo Contribuinte, às fls. 1195 a 1310, contra decisão proferida pela 4a. Câmara Julgadora que deu parcial provimento ao recurso ordinário.

As acusações estão assim descritas:

**I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:**

1. Deixou de pagar o ICMS devido no valor de R\$ 22.448,31 (vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e um centavos), nos meses de fevereiro, março, abril, junho e julho de 2011 e março e agosto de 2012, conforme discriminado no Demonstrativo I, anexo, por receber mercadorias tributadas sujeitas ao regime de substituição tributária, sem a comprovação da retenção do imposto. As operações foram consideradas desacompanhadas de documentação fiscal nos termos do artigo 184, inciso I do RICMS (Decreto 45.490/00), pois a empresa remetente das mercadorias FITE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA-ME, Inscrição Estadual: 147.728.303.119, CNPJ.: 10.602.229/0001-50, teve seu nome incluso no rol dos emitentes de documentos inidôneos por ter ocorrido simulação de existência de estabelecimento ou empresa. A empresa teve sua inscrição estadual declarada NULA desde 02/02/2009 (data da abertura), em face de simulação da existência do estabelecimento, com embasamento legal no artigo 30, inciso I do Decreto Estadual n. 45.490/00, como se comprova pelas cópias do RELATÓRIO DE APURAÇÃO / PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONSTATAÇÃO DE NULIDADE DE INSCRIÇÃO - PCN (Portaria CAT 95/2006), seus anexos e demais documentos juntados. O contribuinte foi Notificado a recolher, de forma espontânea, os valores de ICMS - Substituição Tributária relativos às Notas Fiscais de Entradas e devidos na qualidade de Contribuinte Substituído, nos termos do artigo 267, inciso II, alínea "b" do RICMS (Decreto 45.490/00). INFRINGÊNCIA: Art. 267, inc. II, alínea "b", do RICMS (Dec. 45.490/00). CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea "I" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

**II - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTAÇÃO FISCAL NA ENTREGA, REMESSA, TRANSPORTE, RECEBIMENTO, ESTOCAGEM OU DEPOSITO DE MERCADORIA OU, AINDA, QUANDO COUBER, NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO:**

2. Recebeu e estocou, nos meses constantes do Demonstrativo II, anexo, mercadorias no valor total de R\$ 559.006,88 (quinhentos e cinquenta e nove mil, seis reais e oitenta e oito centavos), desacompanhadas de documentação fiscal hábil, assim consideradas nos termos do inciso I do art. 184 do RICMS/00 (Decreto 45490/00), em razão de os documentos que as acobertaram terem sido declarados INIDÔNEOS, pois a empresa emitente dos referidos documentos FITE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA-ME, Inscrição Estadual: 147.728.303.119, CNPJ.: 10.602.229/0001-50, teve seu nome incluso no rol dos emitentes de documentos inidôneos por ter ocorrido simulação de existência de estabelecimento ou empresa. A empresa teve sua inscrição estadual declarada NULA desde 02/02/2009 (data da abertura), em face de simulação da existência do estabelecimento, com embasamento legal no artigo 30, inciso I do Decreto Estadual 45.490/00, como se comprova pelas cópias do RELATÓRIO DE APURAÇÃO / PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONSTATAÇÃO DE NULIDADE DE INSCRIÇÃO - PCN (Portaria CAT 95/2006), do RELATÓRIO DE APURAÇÃO, seus anexos e demais documentos juntados.

INFRINGÊNCIA: Art. 203, do RICMS (Dec. 45.490/00). CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. III, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89"

A r. decisão recorrida manteve o item 1 do AIIM, e excluiu o imposto e manteve a multa exigida no item 2 do AIIM.

O Recurso Especial da Fazenda Pública diz respeito ao item 2 do AIIM. Assim, alega divergência de interpretação da legislação, indicando os arestos paradigmáticos acostados relativos aos Processos: DRTC III – 4049873/2014 da Câmara Superior de 02/05/2017; DRT 16 – 20480/2009 da Câmara Superior de 11/11/2014 e DRT 07 – 2882/2000 das Câmaras Reunidas de

30/04/2009. Sustenta que a decisão recorrida afastou a cobrança do imposto por solidariedade da infração de recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, por entender que deveriam ter sido indicados o motivo e o fundamento legal para tanto. Assim, aduz que a exigência do imposto decorre da própria infração.

A autuada se manifesta em contrarrazões ao recurso especial fazendário, às fls. 1182 a 1193, e se apresenta seu recurso especial, aduzindo que:

1. Haveria a decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, apontando divergência com os arestos AIIM 4.071.783-5 de 22/05/2018 e AIIM 4.088.767-4, da 4ª. Câmara Julgadora, de 09/11/201;
2. Haveria EXIGÊNCIA DO ICMS-ST EM CARÁTER SUPLETIVO NA FORMA DO ART. 267, II DO RICMS (ITEM 1 DO AIIM), apontando divergência com o aresto paradigmático do AIIM 4.043.542-8 da Oitava Câmara Julgadora de 17.11.2015;
3. No que tange a redução da multa e sua aplicação de ofício, apresenta o acórdão paradigmático do AIIM 4027755-0 da 2ª. Câmara Julgadora de 01/06/2021;
4. A respeito da nulidade da decisão recorrida por omissão: Processo DRTC I – 429706/2011, da Câmara Superior de 19.12.2013; Processo DRT 04 – 402530/2007, da Câmara Superior, de 27.10.2010.

Por sua vez, a D. Representação Fiscal apresenta suas contrarrazões ao Recurso da autuada, conforme fls. 1115 a 1138.

Houve Pedido de Retificação de Julgado, às fls. 1172 a 1180, que foi indeferido pela Presidência, conforme fls. 1311.

Há protesto por sustentação oral.

É o breve relatório.

### VOTO

Como relatado, trata-se de Recurso Especial misto, interposto pela Fazenda Pública, às fls. 1133 a 1141, e pelo Contribuinte, às fls. 1195 a 1310, contra decisão proferida pela 4a. Câmara Julgadora que deu parcial provimento ao recurso ordinário.

#### Quanto ao Recurso Especial da Fazenda Pública

O recurso especial da Fazenda Pública diz respeito ao item 2 do AIIM relativo ao recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, consideradas nos termos do inciso I do art. 184 do RICMS/00 (Decreto 45490/00) documentos considerados inidôneos. Assim, a D. Representação Fiscal alega divergência de interpretação da legislação, indicando os arestos paradigmáticos acostados relativos aos Processos: DRTC III – 4049873/2014 da Câmara Superior de 02/05/2017; DRT 16 – 20480/2009 da Câmara Superior de 11/11/2014 e DRT 07 – 2882/2000 das Câmaras Reunidas de 30/04/2009.

Sustenta que a decisão recorrida afastou a cobrança do imposto por solidariedade da infração de recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, **por entender que deveriam ter sido indicados o motivo e o fundamento legal para tanto**. Aduz que a exigência do imposto decorre da própria infração.

Verifico que os arestos paradigmáticos não se prestam ao confronto de dissídio jurisprudencial. Isto porque nos casos paradigmáticos, restou consignado que a exigência do imposto decorreria da responsabilidade solidária por interesse comum. Entretanto, no caso destes autos, a decisão recorrida cancelou a cobrança do imposto por entender que "não houve fundamento legal para a cobrança por solidariedade. Assim, a capitulação da infração não mencionou qual a fundamentação legal da cobrança do imposto por solidariedade. Veja-se:

No caso do Processo DRT C III 4049873-6 da Câmara Superior Relator Argos Campos Ribeiro Simões, constou que, destaco item 10 da fundamentação e a ementa: "Ementa: ITEM 1 – Creditou-se indevidamente com suporte em documentação inidônea. Mantido em ordinário. ITEM 2 – Recebimento de mercadoria acompanhada de documentação inidônea. RESP FAZENDA PÚBLICA. CONHECIDO E PROVIDO. INTERESSE COMUM. PRESUNÇÃO ABSOLUTA LEGAL. SOLIDARIEDADE TEM BASE LEGAL. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DA MULTA COM FORMA DE CÁLCULO DA LEI 13.918/2009 TEM FUNDAMENTO LEGAL. JUROS CALCULADOS CONFORME LEI 13.918/2009. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO EM FACE DO ARTIGO 28 DA LEI 13.457/2009." "10. A acusação do item 2, cancelada em ordinário, refere-se ao Recebimento de Mercadoria Desacompanhada de Documentação Fiscal. **11. A acusação fiscal está fundamentada no artigo 124, I do CTN e no artigo 11, §1º e inciso XI do RICMS/2000 (artigo 9º, parágrafo único e inciso XI da Lei 6.374/89). Transcrevo os dispositivos:"**

No presente caso, constou na decisão de piso que não houve a indicação do motivo e fundamento legal da cobrança. Não há por isso, similitude fática entre a decisão vergastada e a decisão paradigmática nesta questão, na qual mencionou que a acusação fiscal está fundamentada no artigo 124, I do CTN e no artigo 11, inciso XI do RICMS/00.

No caso do aresto indicado como paradigmático: DRT 16 – 20480/2009, constou que a exigência do imposto decorreria da responsabilidade solidária por interesse comum, conforme previsto no art. 9º da Lei 6374/89 e inciso XI. E no Processo DRT 07 – 2882/2000, a responsabilidade pelo pagamento do imposto decorreu do art. 12, incisos XI e XII do RICMS/91 (interesse comum e aquele que concorrer para a sonegação do imposto). Situações diferentes do caso em tela.

O voto condutor da decisão recorrida, da lavra do i. Juiz Flávio Nascimbem de Freitas, assim decidiu:

"Em relação ao item 2

Compulsando a acusação verifico que **não há a indicação de que o imposto esteja sendo cobrado por solidariedade, não foi citada na acusação o artigo 12 da Lei 6374/89, nem o artigo 124 do CTN- Código Tributário Nacional.**

**Também não há nas observações do AIIM menção a solidariedade com o contribuinte que promoveu a circulação de mercadorias acobertada por documentos inidôneos. Também não há no relatório circunstanciado o claro motivo do imposto estar sendo cobrado por solidariedade, aliás este nem sequer menciona o motivo desta solidariedade. Os dispositivos do RICMS/2000 apontados como infringidos, Art. 203, estabelece:**

'Artigo 203 - O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal hábil, com todos os requisitos legais, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão (Lei 6.374/89, art. 67, § 1º, Convênio de 15-12-70 - SINIEF, art. 14, e Convênio SINIEF-6/89, art. 89, "caput"). Parágrafo único - Aplica-se, no que couber, o disposto no artigo 184. (g.n) Entretanto não há no referido artigo a permissão que se cobre o imposto que deveria

ser pago pelo fornecedor inidôneo. Há necessidade do auto de infração fazer menção ao motivo da cobrança deste imposto. Em relação à multa deve ser mantida porque demonstrado que houve o recebimento acobertado por documentos inidôneos. Sendo a multa autônoma em relação ao imposto cobrado e sua base de cálculo não depende do valor do imposto cobrado. Por este motivo cancelo o imposto e mantenho a multa do item 2." 5. Assim, vê-se que a r. decisão recorrida excluiu o imposto exigido no item 2."

Desse modo, tendo em vista que nos acórdãos paradigmáticos indicados a situação é diversa, não há possibilidade de confronto jurisprudencial, não estando cumprido o requisito de admissibilidade previsto no art. 49 da Lei 13457/09. Neste sentido, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Pública.

### **Recurso Especial da autuada**

A autuada apresenta seu recurso especial, aduzindo que:

1. Haveria a decadência, apontando divergência com os arestos AIIM 4.071.783-5 de 22/05/2018 e AIIM 4.088.767-4, da 4ª. Câmara Julgadora, de 09/11/2015;

Nesta questão, importante destacar a decisão recorrida que manteve o item I.1 do AIIM exordial, nos seguintes termos:

"Decadência

Afasto a alegação de decadência porque para os dois itens estamos diante de infração de falta de pagamento de imposto. Assim devemos aplicar a regra do artigo 173, I do CTN – Código Tributário Nacional. Considerando o termo inicial e o momento em que foi lavrado o AIIM não houve decadência para nenhum item.

**O voto de vista, acompanhou o relator, também concluindo pela aplicação do art. 173, I do CTN, conforme abaixo redigido:**

"Com relação à decadência, entendo que, no caso da sistemática de cobrança do ICMS-ST como no presente caso, não há atividade (declaração, pagamento, etc.) do contribuinte recorrente a ser homologada (pois tais atividades caberiam ao substituto originário), razão pela qual se aplicaria a regra de contagem do art. 173, inciso I do CTN. Assim, não pelas mesmas razões, acompanho o voto do i. Relator neste ponto."

A recorrente sustenta que ao caso, deveria ser aplicada a regra de decadência prevista no art.150, § 4º do CTN. Aduz que nos casos de substituição tributária, a cobrança do ICMS nos moldes do presente AIIM sujeita-se à regra de decadência do art. 150, §4º do CTN, podendo ser aplicada a regra de contagem de prazo prevista no art. 173, I apenas se comprovado o dolo, fraude ou simulação do substituído tributário.

Os arestos se prestam ao confronto, haja vista que decidiram pela aplicação do art. 150 § 4º do CTN.

**A infração fiscal é de falta de pagamento do imposto e não há demonstração de dolo, fraude ou simulação. Assim, uma vez que não havia imposto a ser pago pelo substituído, por tratar-se de ICMS ST, entendo com razão a autuada, haja visto que, frise-se, não há demonstração de dolo, fraude ou simulação, devendo ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do CTN, e portanto, inicia-se a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador.**

**Nesta questão, conheço e dou-lhe provimento ao recurso especial da autuada, reconhecendo a decadência parcial do crédito tributário, com a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, no período de fevereiro a novembro de 2011.**

### **2. No que diz respeito a exigência do ICMS ST em caráter supletivo, na forma do art. 267, II do RICMS/00 (Item 1 do AIIM), a autuada aponta divergência com o aresto paradigmático do AIIM 4.043.542-8 da 8ª. Câmara Julgadora de 17.11.2015.**

Sustenta que, no caso em tela, contrariamente ao que decidiu o acórdão recorrido, para a responsabilização do ICM ST deve ser comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação por parte da autuada.

Entendo que não há possibilidade de conhecimento do recurso nesta parte. Isto porque, o aresto paradigmático não se presta ao cotejo, haja vista que a situação fática é distinta, tendo sido a decisão fundamentada no conjunto probatório dos autos e, por outro lado, a decisão vergastada também foi fundamentada nas provas destes autos, na qual, **não foi possível identificar o recolhimento do ICMS nem a origem das mercadorias por ter havido simulação de existência do estabelecimento fornecedor.** Veja-se:

A decisão vergastada assim se pronunciou, destaco excerto:

"Em relação ao item 1 Compulsando o Demonstrativo I de fl. 30 verificamos que tanto o valor quanto a base de cálculo estão corretos, pois o autor do feito inicialmente parte de valor das notas fiscais, para depois agregar o valor IVA-ST quando for o caso, depois aplica a alíquota e exclui o ICMS das operações anteriores.

Portanto afasto as alegações concernentes a erros na base de cálculo ou de cálculo no montante do tributo.

Em relação ao Cálculo do ICMS-ST trata-se de cobrança subsidiária ou supletiva. **O autuado encontra-se na posição de substituído e deveria ter recebido as mercadorias com o imposto já retido. Todavia, não sendo possível identificar o recolhimento do ICMS nem a origem das mercadorias por ter havido simulação de existência do estabelecimento fornecedor, resta a obrigação do destinatário das mercadorias, no caso o autuado.**

**O fundamento da cobrança reside no art. 267, II, "b" RICMS/2000.**

**Destarte, afasto todas as alegações do contribuinte que não haveria fundamento legal para se cobrar o ICMS-ST. A referida cobrança tem sólida base normativa.**

O citado normativo retira seu fundamento de validade do artigo 66-c da Lei 6374/89 atendendo também o princípio da legalidade tributária.

O fato do fabricante dos produtos ter sido eleito como substituto pela legislação não isenta a responsabilidade pelo pagamento do imposto do varejista que compra de fornecedor inidônea, principalmente porque aqui há como se verificar a procedência das mercadorias.

O contribuinte tem obrigação de conhecer suas contrapartes negociais nos termos do artigo 28 do RICMS/2000. Isso não se confunde com o dever de fiscalizar que é exclusivo do estado, portanto afasto as alegações do

contribuinte que insinuam que não tem o dever de fiscalizar.

**Às fls. 144/694 a atuada traz aos autos documentos para demonstrar sua boa-fé e ilidir a acusação fiscal.** Dentre eles Sintegra CNPJ, livro de Entradas e outras consultas. Tais documentos de per si são insuficientes para comprovar a boa-fé da atuada não se aplicando no caso nem a Súmula 509 do STJ, nem a jurisprudência colacionada em seu recurso. Ainda para demonstrar sua boa-fé a atuada no Recurso Ordinário trouxe aos autos documentos para demonstrar que as operações ocorreram.

**Não há comprovantes de pagamentos para todas as operações e vários destes documentos são comprovantes do sistema SISPAG de emissão unilateral que sozinhos são insuficientes para comprovar a boa-fé da atuada. Os estratos bancários e o restante da documentação também não nos permitem afirmar quem foi o beneficiário das operações. A documentação referente ao transporte e a negociação que está nos autos anexa ao Recurso Ordinário também não permite afirmar que as operações ocorreram. Assim sendo em relação ao item 1, a razão está com o Fisco.**

**Se conhecida esta porção recursal, entendo que a decisão recorrida não merece reparos, haja vista que pontuou com fundamento sólido que, frise-se, não teria sido possível identificar o recolhimento do ICMS nem a origem das mercadorias por ter havido simulação de existência do estabelecimento fornecedor, restando a obrigação do destinatário das mercadorias, no caso o atuado. Ademais, não se comprovou que as operações ocorreram, não afastando o trabalho fiscal.**

### **3. No que tange a redução da multa e sua aplicação de ofício, apresenta o acórdão paradigmático do AIIM 4027755-0 da 2ª. Câmara Julgadora de 01/06/2021.**

Pleiteia a recorrente a redução das multas impostas no item I e II do AIIM, aplicando-se o Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica, a multa do item I reduzida de 150% para 100% do valor do imposto e a multa do item II reduzida de 50% para 35% do valor da operação.

A D. Representação Fiscal, concorda com a redução da multa, haja vista que a Lei 16497/17 alterou o artigo 85, I "I" (item I.1.) e inciso III, "a" (item 2) da Lei 6374/89, nos seguintes termos, *in verbis*:

"Desta forma, tendo em vista as razões descritas acima, entendemos que o pleito do contribuinte de redução das multas aplicadas em conformidade com as alterações nos percentuais de penalidade advindas da publicação da Lei 16.497/2017, com a aplicação, de ofício, do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, poderá ser provido."

Nesse diapasão, com fundamento no art. 106 do CTN, é medida de rigor a aplicação da retroatividade benigna, tendo em vista que os referidos dispositivos foram alterados pela Lei 16497/17, a qual estabeleceu em seu artigo 1º que:

"Artigo 1º - Passam a vigorar, com a redação que segue, os dispositivos adiante indicados da Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989: (...)

I - do inciso I do artigo 85:

c) a alínea "I":

"I) falta de pagamento do imposto, em hipótese não prevista nas demais alíneas deste inciso - multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do imposto;"

III - a alínea "a" do inciso III do artigo 85:

"a) entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal - multa equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor da operação, aplicável ao contribuinte que tenha promovido a entrega, remessa ou recebimento, estocagem ou depósito da mercadoria; 15% (quinze por cento) do valor da operação, aplicável ao transportador; sendo o transportador o próprio remetente ou destinatário - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação;"

Assim, conheço e dou provimento à esta porção recursal, com a redução da multa aplicada no item I.1, com fundamento na nova redação da Lei 16497/17.

### **4. A respeito da nulidade da decisão recorrida por omissão: Processo DRTC I – 429706/2011, da Câmara Superior de 19.12.2013; Processo DRT 04 – 402530/2007, da Câmara Superior, de 27.10.2010.**

A recorrente atuada alega que teria havido omissão da decisão recorrida quanto ao pleito de redução da multa imposta no item I.1. Desse modo, haveria nulidade na fundamentação do aresto recorrido.

A matéria restou prejudicada, uma vez que foi acolhido o pedido de redução da multa, não havendo necessidade de declaração de nulidade da decisão *a quo*.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Pública; e conheço parcialmente do recurso especial da atuada, e dou-lhe provimento, nos termos expostos acima, com a redução da multa aplicada no item I.1, consoante previsão da Lei 16497/17.

É como voto.

Câmara Superior, data certificada digitalmente.

Maria do Rosário Pereira Esteves

Juíza relatora

## VOTO DE VISTA - Juiz: MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA

### Ementa:

ICMS. Acompanhamento integral do voto da i. Juíza Relatora. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DA AUTUADA PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

### Relatório e Voto:

#### VOTO DE VISTA

1. Pedi vista dos autos para melhor analisar os recursos especiais da Fazenda e do Contribuinte, com a devida vênia da i. Juiz Relatora, Dra. Maria do Rosário Pereira Esteves, a quem rendo minhas homenagens.
2. As acusações fiscais são referentes a falta de pagamento do ICMS-ST no recebimento de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sem a comprovação da retenção do imposto, desacompanhada de documentação fiscal hábil (item 1) e recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil (item 2).
3. **A d. Fazenda Pública pede o restabelecimento integral do item 2 do lançamento**, uma vez que a decisão recorrida excluiu o imposto exigido no item 2 do AIIM, por entender que não há a indicação de que o imposto esteja sendo cobrado por solidariedade. Alega que exigência do imposto decorre da própria natureza da infração, e aponta como paradigmáticos as decisões proferidas nos Processos DRTC III – 4049873/2014, DRT 16 – 20480/2009 e DRT 07 – 2882/2000.
4. Na decisão recorrida prevaleceu o voto do i. Juiz Dr. Flavio Nascimbem de Freitas, que cancelou o imposto e manteve a multa do item 2 em face da ausência do motivo para exigência do imposto por solidariedade.

#### *"Em relação ao item 2*

**Compulsando a acusação verifico que não há a indicação de que o imposto esteja sendo cobrado por solidariedade, não foi citada na acusação o artigo 12 da Lei 6374/89, nem o artigo 124 do CTN- Código Tributário Nacional.**

*Também não há nas observações do AIIM menção a solidariedade com o contribuinte que promoveu a circulação de mercadorias acobertada por documentos inidôneos.*

**Também não há no relatório circunstanciado o claro motivo do imposto estar sendo cobrado por solidariedade, aliás este nem sequer menciona o motivo desta solidariedade.**

*Os dispositivos do RICMS/2000 apontados como infringidos, Art. 203, estabelece:*

*"Artigo 203 - O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal hábil, com todos os requisitos legais, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão (Lei 6.374/89, art. 67, § 1º, Convênio de 15-12-70 - SINIEF, art. 14, e Convênio SINIEF-6/89, art. 89, "caput").  
Parágrafo único - Aplica-se, no que couber, o disposto no artigo 184". (g.n)*

*Entretanto não há no referido artigo a permissão que se cobre o imposto que deveria ser pago pelo fornecedor inidôneo.*

**Há necessidade do auto de infração fazer menção ao motivo da cobrança deste imposto.**

*Em relação à multa deve ser mantida porque demonstrado que houve o recebimento acobertado por documentos inidôneos.*

*Sendo a multa autônoma em relação ao imposto cobrado e sua base de cálculo não depende do valor do imposto cobrado.*

**Por este motivo cancelo o imposto e mantenho a multa do item 2."**

5. **Acompanho a i. Juíza relatora quanto à inservibilidade dos paradigmas apresentados e o conseqüente não conhecimento do apelo especial fazendário**, pelas razões trazidas em seu voto. Consta na decisão do Processo 4049873-6 que "a acusação fiscal está fundamentada no artigo 124, I do CTN e no artigo 11, §1º e inciso XI do RICMS/2000 (artigo 9º, parágrafo único e inciso XI da Lei 6.374/89)" (fls. 1.145). Na decisão do Processo DRT 16 – 20480/2009 consta que "o ICMS foi exigido por solidariedade" (fls. 1.157), e não há menção à falta de indicação de motivo para exigência de imposto por solidariedade. A decisão do Processo DRT-7-2882/2000 versou sobre o interesse comum presumido pela legislação sempre que a operação ocorrer sem documentação fiscal, e novamente não foi debatida eventual falta de indicação de motivo para exigência de imposto por solidariedade. Ausente, portanto, dissídio jurisprudencial para o conhecimento do apelo.
6. Quanto ao recurso especial do d. Contribuinte, também acompanho a i. Juíza Relatora em relação à decadência do item 1.
7. Trata-se de acusação de falta de pagamento do ICMS-ST no recebimento de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sem a comprovação da retenção do imposto, desacompanhada de documentação fiscal hábil (item 1). A decisão recorrida entendeu pela aplicação do prazo previsto no art. 173, I do Código tributário Nacional, em razão de se tratar de infração de falta de pagamento do imposto.
8. Em caso semelhante, de relatoria do i. Juiz Dr. Marco Antonio Veríssimo Teixeira, relativo ao mesmo contribuinte e envolvendo documentação relativa ao mesmo emitente considerado inidôneo - FITE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GENEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. - (AIIM nº 4.088570-7, julgado em 24/05/2022), esta Câmara Superior decidiu pela aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, na ausência de dolo, fraude ou simulação e quando há atividade do contribuinte, em caso de escrituração das notas fiscais de entradas.
9. Assim, acompanho integralmente o voto da i. Juíza Relatora.

**Marcelo Amaral G. Mendonça**

**Juiz com vista**



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4086904-0	2016	4086904-0	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES
Sustentação Oral Requerida:	NÃO
Votos de Preferência:	MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

VOTO DE PREFERÊNCIA - Juiz: MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

**Ementa:**

ICMS - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO por receber mercadorias tributadas sujeitas ao regime de substituição tributária, sem a comprovação da retenção do imposto. As operações foram consideradas desacompanhadas de documentação fiscal nos termos do artigo 184, inciso I do RICMS (Decreto 45.490/00) – DECADÊNCIA PARCIAL ACOLHIDA – REDUÇÃO DA MULTA, tendo em vista a alteração da redação da Lei 6374/89, nos termos da Lei 16497/17 - Não conheço do Recurso Especial da Fazenda Pública; e conheço parcialmente do recurso especial da autuada, e dou-lhe provimento, nos termos expostos, acolhendo a decadência parcial e a redução da multa aplicada no item I.1, consoante previsão da Lei 16497/17

**Relatório e Voto:**

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Especial misto, interposto pela Fazenda Pública, às fls. 1133 a 1168, e pelo Contribuinte, às fls. 1195 a 1310, contra decisão proferida pela 4a. Câmara Julgadora que deu parcial provimento ao recurso ordinário.

As acusações estão assim descritas:

**I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:**

1. Deixou de pagar o ICMS devido no valor de R\$ 22.448,31 (vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e um centavos), nos meses de fevereiro, março, abril, junho e julho de 2011 e março e agosto de 2012, conforme discriminado no Demonstrativo I, anexo, por receber mercadorias tributadas sujeitas ao regime de substituição tributária, sem a comprovação da retenção do imposto. As operações foram consideradas desacompanhadas de documentação fiscal nos termos do artigo 184, inciso I do RICMS (Decreto 45.490/00), pois a empresa remetente das mercadorias FITE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA-ME, Inscrição Estadual: 147.728.303.119, CNPJ.: 10.602.229/0001-50, teve seu nome incluso no rol dos emitentes de documentos inidôneos por ter ocorrido simulação de existência de estabelecimento ou empresa. A empresa teve sua inscrição estadual declarada NULA desde 02/02/2009 (data da abertura), em face de simulação da existência do estabelecimento, com embasamento legal no artigo 30, inciso I do Decreto Estadual n. 45.490/00, como se comprova pelas cópias do RELATÓRIO DE APURAÇÃO / PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONSTATAÇÃO DE NULIDADE DE INSCRIÇÃO - PCN (Portaria CAT 95/2006), seus anexos e demais documentos juntados. O contribuinte foi Notificado a recolher, de forma espontânea, os valores de ICMS - Substituição Tributária relativos às Notas Fiscais de Entradas e devidos na qualidade de Contribuinte Substituído, nos termos do artigo 267, inciso II, alínea "b" do RICMS (Decreto 45.490/00). INFRINGÊNCIA: Art. 267, inc. II, alínea "b", do RICMS (Dec. 45.490/00). CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea "I" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

**II - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTAÇÃO FISCAL NA ENTREGA, REMESSA, TRANSPORTE, RECEBIMENTO, ESTOCAGEM OU DEPÓSITO DE MERCADORIA OU, AINDA, QUANDO COUBER, NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO:**

2. Recebeu e estocou, nos meses constantes do Demonstrativo II, anexo, mercadorias no valor total de R\$ 559.006,88 (quinhentos e cinquenta e nove mil, seis reais e oitenta e oito centavos), desacompanhadas de documentação fiscal hábil, assim consideradas nos termos do inciso I do art. 184 do RICMS/00 (Decreto 45490/00), em razão de os documentos que as acobertaram terem sido declarados INIDÔNEOS, pois a empresa emitente dos referidos documentos FITE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA-ME, Inscrição Estadual: 147.728.303.119, CNPJ.: 10.602.229/0001-50, teve seu nome incluso no rol dos emitentes de documentos inidôneos por ter ocorrido simulação de existência de estabelecimento ou empresa. A empresa teve sua inscrição estadual declarada NULA desde 02/02/2009 (data da abertura), em face de simulação da existência do estabelecimento, com embasamento legal no artigo 30, inciso I do Decreto Estadual 45.490/00, como se comprova pelas cópias do RELATÓRIO DE APURAÇÃO / PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONSTATAÇÃO DE NULIDADE DE INSCRIÇÃO - PCN (Portaria CAT 95/2006), do RELATÓRIO DE APURAÇÃO, seus anexos e demais documentos juntados.

INFRINGÊNCIA: Art. 203, do RICMS (Dec. 45.490/00). CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. III, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89"

A r. decisão recorrida manteve o item 1 do AIIM, e excluiu o imposto e manteve a multa exigida no item 2 do AIIM.

O Recurso Especial da Fazenda Pública diz respeito ao item 2 do AIIM. Assim, alega divergência de interpretação da legislação, indicando os arestos paradigmáticos acostados relativos aos Processos: DRTC III – 4049873/2014 da Câmara Superior de 02/05/2017; DRT 16 – 20480/2009 da Câmara Superior de 11/11/2014 e DRT 07 – 2882/2000 das Câmaras Reunidas de 30/04/2009. Sustenta que a decisão recorrida afastou a cobrança do imposto por solidariedade da infração de recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, por entender que deveriam ter sido indicados o motivo e o fundamento legal para tanto. Assim, aduz que a exigência do imposto decorre da própria infração.

A autuada se manifesta em contrarrazões ao recurso especial fazendário, às fls. 1182 a 1193, e se apresenta seu recurso especial, aduzindo que:

1. Haveria a decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, apontando divergência com os arestos AIIM 4.071.783-5 de 22/05/2018 e AIIM 4.088.767-4, da 4ª. Câmara Julgadora, de 09/11/2017;
2. Haveria EXIGÊNCIA DO ICMS-ST EM CARÁTER SUPLETIVO NA FORMA DO ART. 267, II DO RICMS (ITEM 1 DO AIIM), apontando divergência com o aresto paradigmático do AIIM 4.043.542-8 da Oitava Câmara Julgadora de 17.11.2015;
3. No que tange a redução da multa e sua aplicação de ofício, apresenta o acórdão paradigmático do AIIM 4027755-0 da 2ª. Câmara Julgadora de 01/06/2021;
4. A respeito da nulidade da decisão recorrida por omissão: Processo DRTC I – 429706/2011, da Câmara Superior de 19.12.2013; Processo DRT 04 – 402530/2007, da Câmara Superior, de 27.10.2010.

Por sua vez, a D. Representação Fiscal apresenta suas contrarrazões ao Recurso da autuada, conforme fls. 1115 a 1138.

Houve Pedido de Retificação de Julgado, às fls. 1172 a 1180, que foi indeferido pela Presidência, conforme fls. 1311.

Há protesto por sustentação oral.

É o breve relatório.

### VOTO

Como relatado, trata-se de Recurso Especial misto, interposto pela Fazenda Pública, às fls. 1133 a 1141, e pelo Contribuinte, às fls. 1195 a 1310, contra decisão proferida pela 4a. Câmara Julgadora que deu parcial provimento ao recurso ordinário.

#### Quanto ao Recurso Especial da Fazenda Pública

O recurso especial da Fazenda Pública diz respeito ao item 2 do AIIM relativo ao recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, consideradas nos termos do inciso I do art. 184 do RICMS/00 (Decreto 45490/00) documentos considerados inidôneos. Assim, a D. Representação Fiscal alega divergência de interpretação da legislação, indicando os arestos paradigmáticos acostados relativos aos Processos: DRTC III – 4049873/2014 da Câmara Superior de 02/05/2017; DRT 16 – 20480/2009 da Câmara Superior de 11/11/2014 e DRT 07 – 2882/2000 das Câmaras Reunidas de 30/04/2009.

Sustenta que a decisão recorrida afastou a cobrança do imposto por solidariedade da infração de recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, **por entender que deveriam ter sido indicados o motivo e o fundamento legal para tanto**. Aduz que a exigência do imposto decorre da própria infração.

Verifico que os arestos paradigmáticos não se prestam ao confronto de dissídio jurisprudencial. Isto porque nos casos paradigmáticos, restou consignado que a exigência do imposto decorreria da responsabilidade solidária por interesse comum. Entretanto, no caso destes autos, a decisão recorrida cancelou a cobrança do imposto por entender que “não houve fundamento legal para a cobrança por solidariedade. Assim, a capitulação da infração não mencionou qual a fundamentação legal da cobrança do imposto por solidariedade. Veja-se:

No caso do Processo DRT C III 4049873-6 da Câmara Superior Relator Argos Campos Ribeiro Simões, constou que, destaque item 10 da fundamentação e a ementa: “Ementa: ITEM 1 – Creditou-se indevidamente com suporte em documentação inidônea. Mantido em ordinário. ITEM 2 – Recebimento de mercadoria acompanhada de documentação inidônea. RESP FAZENDA PÚBLICA. CONHECIDO E PROVIDO. INTERESSE COMUM. PRESUNÇÃO ABSOLUTA LEGAL. SOLIDARIEDADE TEM BASE LEGAL. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DA MULTA COM FORMA DE CÁLCULO DA LEI 13.918/2009 TEM FUNDAMENTO LEGAL. JUROS CALCULADOS CONFORME LEI 13.918/2009. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO EM FACE DO ARTIGO 28 DA LEI 13.457/2009.” “10. A acusação do item 2, cancelada em ordinário, refere-se ao Recebimento de Mercadoria Desacompanhada de Documentação Fiscal. **11. A acusação fiscal está fundamentada no artigo 124, I do CTN e no artigo 11, §1º e inciso XI do RICMS/2000 (artigo 9º, parágrafo único e inciso XI da Lei 6.374/89). Transcrevo os dispositivos:”**

No presente caso, constou na decisão de piso que não houve a indicação do motivo e fundamento legal da cobrança. Não há por isso, similitude fática entre a decisão vergastada e a decisão paradigmática nesta questão, na qual mencionou que a acusação fiscal está fundamentada no artigo 124, I do CTN e no artigo 11, inciso XI do RICMS/00.

No caso do aresto indicado como paradigmático: DRT 16 – 20480/2009, constou que a exigência do imposto decorreria da responsabilidade solidária por interesse comum, conforme previsto no art. 9º da Lei 6374/89 e inciso XI. E no Processo DRT 07 – 2882/2000, a responsabilidade pelo pagamento do imposto decorreu do art. 12, incisos XI e XII do RICMS/91 (interesse comum e aquele que concorrer para a sonegação do imposto). Situações diferentes do caso em tela.

O voto condutor da decisão recorrida, da lavra do i. Juiz Flávio Nascimbem de Freitas, assim decidiu:

“Em relação ao item 2

Compulsando a acusação verifico que **não há a indicação de que o imposto esteja sendo cobrado por solidariedade, não foi citada na acusação o artigo 12 da Lei 6374/89, nem o artigo 124 do CTN- Código Tributário Nacional.**

**Também não há nas observações do AIIM menção a solidariedade com o contribuinte que promoveu a circulação de mercadorias acobertada por documentos inidôneos. Também não há no relatório circunstanciado o claro motivo do imposto estar sendo cobrado por solidariedade, aliás este nem sequer menciona o motivo desta solidariedade. Os dispositivos do RICMS/2000 apontados como infringidos, Art. 203, estabelece:**

‘Artigo 203 - O destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal hábil, com todos os

requisitos legais, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão (Lei 6.374/89, art. 67, § 1º, Convênio de 15-12-70 - SINIEF, art. 14, e Convênio SINIEF-6/89, art. 89, "caput"). Parágrafo único - Aplica-se, no que couber, o disposto no artigo 184. (g.n) Entretanto não há no referido artigo a permissão que se cobre o imposto que deveria ser pago pelo fornecedor inidôneo. Há necessidade do auto de infração fazer menção ao motivo da cobrança deste imposto. Em relação à multa deve ser mantida porque demonstrado que houve o recebimento acobertado por documentos inidôneos. Sendo a multa autônoma em relação ao imposto cobrado e sua base de cálculo não depende do valor do imposto cobrado. Por este motivo cancelo o imposto e mantenho a multa do item 2." 5. Assim, vê-se que a r. decisão recorrida excluiu o imposto exigido no item 2."

Desse modo, tendo em vista que nos acórdãos paradigmáticos indicados a situação é diversa, não há possibilidade de confronto jurisprudencial, não estando cumprido o requisito de admissibilidade previsto no art. 49 da Lei 13457/09. Neste sentido, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Pública.

### **Recurso Especial da autuada**

A autuada apresenta seu recurso especial, aduzindo que:

1. Haveria a decadência, apontando divergência com os arestos AIIM 4.071.783-5 de 22/05/2018 e AIIM 4.088.767-4, da 4ª. Câmara Julgadora, de 09/11/2015;

Nesta questão, importante destacar a decisão recorrida que manteve o item I.1 do AIIM exordial, nos seguintes termos:

"Decadência

Afasto a alegação de decadência porque para os dois itens estamos diante de infração de falta de pagamento de imposto. Assim devemos aplicar a regra do artigo 173, I do CTN - Código Tributário Nacional. Considerando o termo inicial e o momento em que foi lavrado o AIIM não houve decadência para nenhum item.

**O voto de vista, acompanhou o relator, também concluindo pela aplicação do art. 173, I do CTN, conforme abaixo redigido:**

"Com relação à decadência, entendo que, no caso da sistemática de cobrança do ICMS-ST como no presente caso, não há atividade (declaração, pagamento, etc.) do contribuinte recorrente a ser homologada (pois tais atividades caberiam ao substituto originário), razão pela qual se aplicaria a regra de contagem do art. 173, inciso I do CTN. Assim, não pelas mesmas razões, acompanho o voto do i. Relator neste ponto."

A recorrente sustenta que ao caso, deveria ser aplicada a regra de decadência prevista no art.150, § 4º do CTN. Aduz que nos casos de substituição tributária, a cobrança do ICMS nos moldes do presente AIIM sujeita-se à regra de decadência do art. 150, §4º do CTN, podendo ser aplicada a regra de contagem de prazo prevista no art. 173, I apenas se comprovado o dolo, fraude ou simulação do substituído tributário.

Os arestos se prestam ao confronto, haja vista que decidiram pela aplicação do art. 150 § 4º do CTN.

**A infração fiscal é de falta de pagamento do imposto e não há demonstração de dolo, fraude ou simulação. Assim, uma vez que não havia imposto a ser pago pelo substituído, por tratar-se de ICMS ST, entendo com razão a autuada, haja visto que, frise-se, não há demonstração de dolo, fraude ou simulação, devendo ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do CTN, e portanto, inicia-se a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador.**

**Nesta questão, conheço e dou-lhe provimento ao recurso especial da autuada, reconhecendo a decadência parcial do crédito tributário, com a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, no período de fevereiro a novembro de 2011.**

**2. No que diz respeito a exigência do ICMS ST em caráter supletivo, na forma do art. 267, II do RICMS/00 (Item 1 do AIIM), a autuada aponta divergência com o aresto paradigmático do AIIM 4.043.542-8 da 8ª. Câmara Julgadora de 17.11.2015.**

Sustenta que, no caso em tela, contrariamente ao que decidiu o acórdão recorrido, para a responsabilização do ICM ST deve ser comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação por parte da autuada.

Entendo que não há possibilidade de conhecimento do recurso nesta parte. Isto porque, o aresto paradigmático não se presta ao cotejo, haja vista que a situação fática é distinta, tendo sido a decisão fundamentada no conjunto probatório dos autos e, por outro lado, a decisão vergastada também foi fundamentada nas provas destes autos, na qual, **não foi possível identificar o recolhimento do ICMS nem a origem das mercadorias por ter havido simulação de existência do estabelecimento fornecedor.** Veja-se:

A decisão vergastada assim se pronunciou, destaco excerto:

"Em relação ao item 1 Compulsando o Demonstrativo I de fl. 30 verificamos que tanto o valor quanto a base de cálculo estão corretos, pois o autor do feito inicialmente parte de valor das notas fiscais, para depois agregar o valor IVA-ST quando for o caso, depois aplica a alíquota e exclui o ICMS das operações anteriores.

Portanto afasto as alegações concernentes a erros na base de cálculo ou de cálculo no montante do tributo.

Em relação ao Cálculo do ICMS-ST trata-se de cobrança subsidiária ou supletiva. **O autuado encontra-se na posição de substituído e deveria ter recebido as mercadorias com o imposto já retido. Todavia, não sendo possível identificar o recolhimento do ICMS nem a origem das mercadorias por ter havido simulação de existência do estabelecimento fornecedor, resta a obrigação do destinatário das mercadorias, no caso o autuado.**

**O fundamento da cobrança reside no art. 267, II, "b" RICMS/2000.**

**Destarte, afasto todas as alegações do contribuinte que não haveria fundamento legal para se cobrar o ICMS-ST. A referida cobrança tem sólida base normativa.**

O citado normativo retira seu fundamento de validade do artigo 66-c da Lei 6374/89 atendendo também o princípio da legalidade tributária.

O fato do fabricante dos produtos ter sido eleito como substituto pela legislação não isenta a responsabilidade pelo pagamento do imposto do varejista que compra de fornecedor inidônea, principalmente porque aqui há



como se verificar a procedência das mercadorias.

O contribuinte tem obrigação de conhecer suas contrapartes negociais nos termos do artigo 28 do RICMS/2000. Isso não se confunde com o dever de fiscalizar que é exclusivo do estado, portanto afastado as alegações do contribuinte que insinuam que não tem o dever de fiscalizar.

**Às fls. 144/694 a autuada traz aos autos documentos para demonstrar sua boa-fé e ilidir a acusação fiscal.** Dentre eles Sintegra CNPJ, livro de Entradas e outras consultas. Tais documentos de per si são insuficientes para comprovar a boa-fé da autuada não se aplicando no caso nem a Súmula 509 do STJ, nem a jurisprudência colacionada em seu recurso. Ainda para demonstrar sua boa-fé a autuada no Recurso Ordinário trouxe aos autos documentos para demonstrar que as operações ocorreram.

**Não há comprovantes de pagamentos para todas as operações e vários destes documentos são comprovantes do sistema SISPA de emissão unilateral que sozinhos são insuficientes para comprovar a boa-fé da autuada. Os estratos bancários e o restante da documentação também não nos permitem afirmar quem foi o beneficiário das operações. A documentação referente ao transporte e a negociação que está nos autos anexa ao Recurso Ordinário também não permite afirmar que as operações ocorreram. Assim sendo em relação ao item 1, a razão está com o Fisco.**

**Se conhecida esta porção recursal, entendo que a decisão recorrida não merece reparos, haja vista que pontuou com fundamento sólido que, frise-se, não teria sido possível identificar o recolhimento do ICMS nem a origem das mercadorias por ter havido simulação de existência do estabelecimento fornecedor, restando a obrigação do destinatário das mercadorias, no caso o autuado. Ademais, não se comprovou que as operações ocorreram, não afastando o trabalho fiscal.**

### **3. No que tange a redução da multa e sua aplicação de ofício, apresenta o acórdão paradigmático do AIIM 4027755-0 da 2ª. Câmara Julgadora de 01/06/2021.**

Pleiteia a recorrente a redução das multas impostas no item I e II do AIIM, aplicando-se o Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benéfica, a multa do item I reduzida de 150% para 100% do valor do imposto e a multa do item II reduzida de 50% para 35% do valor da operação.

A D. Representação Fiscal, concorda com a redução da multa, haja vista que a Lei 16497/17 alterou o artigo 85, I "l" (item I.1.) e inciso III, "a" (item 2) da Lei 6374/89, nos seguintes termos, *in verbis*:

"Desta forma, tendo em vista as razões descritas acima, entendemos que o pleito do contribuinte de redução das multas aplicadas em conformidade com as alterações nos percentuais de penalidade advindas da publicação da Lei 16.497/2017, com a aplicação, de ofício, do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, poderá ser provido."

Nesse diapasão, com fundamento no art. 106 do CTN, é medida de rigor a aplicação da retroatividade benigna, tendo em vista que os referidos dispositivos foram alterados pela Lei 16497/17, a qual estabeleceu em seu artigo 1º que:

"Artigo 1º - Passam a vigorar, com a redação que segue, os dispositivos adiante indicados da Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989: (...)

I - do inciso I do artigo 85:

c) a alínea "l":

"l) falta de pagamento do imposto, em hipótese não prevista nas demais alíneas deste inciso - multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do imposto;"

III - a alínea "a" do inciso III do artigo 85:

"a) entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal - multa equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor da operação, aplicável ao contribuinte que tenha promovido a entrega, remessa ou recebimento, estocagem ou depósito da mercadoria; 15% (quinze por cento) do valor da operação, aplicável ao transportador; sendo o transportador o próprio remetente ou destinatário - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação;"

Assim, conheço e dou provimento à esta porção recursal, com a redução da multa aplicada no item I.1, com fundamento na nova redação da Lei 16497/17.

### **4. A respeito da nulidade da decisão recorrida por omissão: Processo DRTC I – 429706/2011, da Câmara Superior de 19.12.2013; Processo DRT 04 – 402530/2007, da Câmara Superior, de 27.10.2010.**

A recorrente autuada alega que teria havido omissão da decisão recorrida quanto ao pleito de redução da multa imposta no item I.1. Desse modo, haveria nulidade na fundamentação do aresto recorrido.

A matéria restou prejudicada, uma vez que foi acolhido o pedido de redução da multa, não havendo necessidade de declaração de nulidade da decisão *a quo*.

**Observo, que às fls. 962, em sede de recurso ordinário, a recorrente pleiteou a limitação da taxa de juros ao patamar da Selic.**

Desse modo, no que diz respeito à taxa de juros aplicada, tendo em vista a revisão da Súmula 10 deste TIT, em 09/06/22, conheço da matéria e dou-lhe provimento para reduzir a taxa aplicada ao patamar da Selic, destaco:

"Os juros de mora aplicáveis ao montante de imposto e multa exigidos em autos de infração estão limitados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC incidente na cobrança dos tributos federais." (revisada em 09/06/2022)

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Pública; e conheço parcialmente do recurso especial da autuada, e dou-lhe provimento, nos termos expostos acima, com a redução da multa aplicada no item I.1,

consoante previsão da Lei 16497/17 e limitação da taxa de juros ao patamar da Selic, nos termos da Súmula 10 deste TIT, revisada em junho/2022.

É como voto.

Câmara Superior, data certificada digitalmente.

Maria do Rosário Pereira Esteves

Juíza relatora



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
C I	4086904-0	2016	4086904-0	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (CONTRIB) RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
Recorrido:	Os mesmos
Responsáveis Solidários:	
Relator:	MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES
Sustentação Oral Requerida:	NÃO
Pedidos de Vista:	MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA
Votos de Preferência:	MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

DECISÃO DA CÂMARA

**RECURSO ESPECIAL (CONTRIB): CONHECIDO PARCIALMENTE. PARCIALMENTE PROVIDO.  
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA): NÃO CONHECIDO.**

**VOTO DO JUIZ RELATOR:** MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

**RECURSO ESPECIAL (CONTRIB):** Conhecido Parcialmente. Parcialmente Provido.

**RECURSO ESPECIAL (FAZENDA):** Não Conhecido.

**JUIZES QUE ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR:**

VALÉRIO PIMENTA DE MORAIS

CARLOS AFONSO DELLA MONICA

EDISON AURÉLIO CORAZZA

MAURO KIOSHI TAKAU BRINO

CARLOS AMERICO DOMENEGHETTI BADIA

FÁBIO HENRIQUE BORDINI CRUZ

MARCO ANTONIO VERISSIMO TEIXEIRA

AUGUSTO TOSCANO

ALBERTO PODGAEC

JULIANO DI PIETRO

ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES (Presidente)

**VOTO DE VISTA:** MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA

**RECURSO ESPECIAL (CONTRIB):** Conhecido Parcialmente. Parcialmente Provido.

**RECURSO ESPECIAL (FAZENDA):** Não Conhecido.

**JUIZ(ES) AUSENTE(S) / IMPEDIDO(S):**

MARIA HELENA TAVARES DE PINHO TINOCO SOARES

MARIA AUGUSTA SANCHES

CACILDA PEIXOTO

São Paulo, 07 de julho de 2022  
Tribunal de Impostos e Taxas



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS



**AUTUADO**  
SENDAS DISTRIBUIDORA S/A

**IE**  
140502587118

**CNPJ**  
06057223026057

**LOCALIDADE**  
São Paulo - SP

**AIIM**  
4086904-0

**JULGAMENTO NA CÂMARA DO TIT COM CERTIFICADO DIGITAL**

Julgamento realizado na Câmara do Tribunal de Impostos e Taxas por meio do ePAT – Processo Administrativo Tributário Eletrônico, com a utilização do certificado digital dos juizes presentes na sessão de julgamento.

São Paulo, 07 de julho de 2022  
Tribunal de Impostos e Taxas