



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 2086567-97.2023.8.26.0000

Agravante: **MARBOW RESINAS EIRELI** (em recuperação judicial)

Agravada: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FPESP**

10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo

Magistrada: Dra. Maricy Maraldi

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por **Marbow Resinas EIRELI** (em recuperação judicial) contra a r. **decisão** (fls. 217/219 dos autos principais), proferida nos autos da **AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL** (de ICMS) ajuizada pela agravante em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP**, que **indeferiu** o pedido de suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, da integralidade do crédito tributário, consubstanciado no AIIM nº 4.137.173-2, até o julgamento da demanda principal ou a correção do lançamento tributário, mas possibilitou a suspensão do crédito tributário, mediante o depósito do montante integral devido, nos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revogação da medida.

Alega a agravante no presente recurso (fls. 01/29), em síntese, **(a)** que o creditamento de ICMS objeto do AIIM nº 4.137.173-2 decorre de operações de aquisição de mercadoria para inserção na cadeia produtiva, cujas respectivas notas fiscais foram, posteriormente, consideradas inidôneas, mas realizadas de boa-fé, não podendo ser prejudicada pela aplicação dos efeitos da inidoneidade de forma retroativa, tendo demonstrado a alteridade da operação mercantil sobre a qual foram tomados os créditos de ICMS, consoante documentação trazida para o bojo dos autos, e, portanto, aplicável o entendimento contido no enunciado Súmula nº 509, de 31/03/2.014, do Superior Tribunal de Justiça; **(b)** não ser aplicável ao caso o disposto nos itens 3 e 4 do parágrafo primeiro do artigo 59 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Regulamento do ICMS (Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000); (c) a ilegalidade da base de cálculo das multas aplicadas no AIIM nº 4.137.173-2, que adotou o valor original das operações autuadas, acrescido de correção monetária e juros de mora desde a data de quando deveriam ser emitidas as notas fiscais, em desconformidade com o artigo 96, inciso II, da Lei Estadual nº 6.374, de 01/03/1.989; e **(d)** que as multas aplicadas no AIIM nº 4.137.173-2, possuem caráter confiscatório, posto que a sua soma corresponde a 222% (duzentos e vinte e dois por cento) do imposto apurado.

Com tais argumentos pediu a concessão da antecipação da tutela recursal, para, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional (vale dizer, sem a necessidade de depósito do respectivo montante integral), obter a suspensão da exigibilidade crédito tributário cobrado pelo AIIM nº 4.137.173-2 até o julgamento final da ação principal, ou, subsidiariamente, até o recálculo das multas punitivas aplicadas no AIIM nº 4.137.173-2, com a exclusão, da base de cálculo das referidas multas, dos juros moratórios incidentes sobre os valores da operação e do imposto, desde o vencimento e com a limitação do valor das referidas multas a 20% (vinte por cento) ou 100% (cem por cento) do valor do tributo principal (fls. 28/29).

O recurso é tempestivo.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Cabível o presente recurso, por se enquadrar na hipótese do artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Foram atendidos os requisitos do artigo 1.016, estando dispensada a juntada das peças obrigatórias, nos termos do disposto no artigo 1.017, parágrafo quinto, ambos artigos do Código de Processo Civil.

Não sendo o caso de aplicação do artigo 932, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, passo a apreciar o presente agravo de instrumento.

Para a atribuição do “efeito suspensivo” ou o “deferimento, em antecipação de tutela, da pretensão recursal”, será necessário que haja elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, embora modificados os termos, são os conhecidos “fumus boni iuris” e “periculum in mora”, que de uma forma mais sintética, expressam o que deve ser avaliado neste momento recursal (artigos 300, “caput” e parágrafo 3º, e 1.019, inciso I, ambos do Código de Processo Civil).

No caso em tela, os requisitos legais acima referidos **estão** presentes.

Trata-se de **ação anulatória de débito fiscal** (de ICMS), com pedido de tutela antecipada de urgência, visando a anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) lavrado sob o nº 4.137.173-2 ou, subsidiariamente, a redução das multas punitivas constituídas com **(i)** exclusão dos juros moratórios incidentes sobre os valores da operação e do imposto, desde o vencimento, com a incidência a partir do segundo mês subsequente à lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa, na forma do artigo 96, inciso II, cumulado com o artigo 85, parágrafo nono, ambos da Lei Estadual nº 6.374, de 01/03/1.989, e **(ii)** redução do percentual das multas para 20% (vinte por cento) do valor do tributo principal ou, subsidiariamente, a limitação a 100% (cem por cento) do valor do imposto.

Em sede de **tutela antecipada recursal**, a agravante pleiteou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, ou, subsidiariamente, até o recálculo das multas punitivas na forma e limites supramencionados.

Segundo o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 4.137.173-2 (fls. 83/88), a agravante foi autuada porque:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

1. Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 41.404,38 (quarenta e um mil, quatrocentos e quatro reais e trinta e oito centavos), nos meses de mai/15 e jun/15, nas datas e valores indicados no Demonstrativo I, decorrente da escrituração de documentos fiscais, relativos às entradas de mercadorias no estabelecimento, que não atendem às condições previstas nos itens 3 e 4 do § 1º do artigo 59 do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 45.490/00.

As referidas entradas de mercadoria foram acobertadas com documentos fiscais emitidos supostamente pela SOCIQUIM INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA - ME - CNPJ 43.311.893/0002-80, IE 144.223.006.11, que teve seus documentos declarados como INABÉIS, em razão de Processo Administrativo de Constatação de NULIDADE da Inscrição Estadual (Processo GDOC 97907-647366/2016).

Em razão de a Conta Fiscal do contribuinte apresentar períodos com saldo credor em GIA, o termo inicial para cálculo dos juros foi determinado por meio dos Demonstrativos nºs 2 e 3.

(...)

INFRINGÊNCIA: Art. 61, art. 59, §1º, item 3 e, item 4, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. II, alínea "c" c/c §§ 1º, 9º e 10, da Lei 6.374/89.

O Juízo "a quo" **deferiu o pedido** de suspensão da exigibilidade do crédito tributário **mediante o depósito do montante integral devido**, nos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, consignando que a documentação que acompanha a inicial, por si só, não é suficiente para afastar a presunção de validade, de legitimidade e de veracidade da postura da agravada, sendo imprescindível a instrução processual para o deslinde do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

feito, a realizar-se sob o crivo do contraditório.

Contra esta decisão, insurge-se a agravante nos termos já relatados.

Pois bem. Acerca da alegação de que **(a) as operações objeto do AIIM nº 4.113.950-1 foram realizadas de boa-fé pela agravante, bem como que a agravante não pode ser prejudicada pela aplicação dos efeitos da inidoneidade de forma retroativa**, cumpre apontar que a Súmula nº 509, de 31/03/2.014, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe o seguinte:

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.** (negritei)

É possível extrair do disposto acima ser imprescindível a demonstração da boa-fé do contribuinte, o que, ante a natureza do pedido e a extensa prova documental acostada aos autos, somente poderá ocorrer após a devida instrução probatória, inclusive com possível realização de prova pericial contábil e técnica, com a análise de notas fiscais, de comprovantes de compra e venda de mercadoria, do percurso da mercadoria, do recolhimento do imposto devido, dentre outros.

Por sua vez, simplesmente não comporta acolhimento a alegação de **(b) não ser aplicável ao caso o disposto nos itens 3 e 4 do parágrafo primeiro do artigo 59 do Regulamento do ICMS (Decreto**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000¹, porque, segundo a agravante (fl. 15), ela não pode ser responsabilizada por condutas de terceiros (que produziram os documentos fiscais declarados inidôneos). A norma referida tão somente estabelece os requisitos para o creditamento do ICMS relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento do contribuinte, a quem cabe preenchê-los, diligenciando, inclusive junto àqueles com quem contrata, pela veracidade e pela legitimidade das informações e documentos apresentados.

Em outras palavras, o disposto nos itens 3 e 4 do parágrafo primeiro do artigo 59 do Regulamento do ICMS (Decreto Estadual nº 45.490, de 30/11/2.000) **é aplicável ao caso**, ao passo que a discussão acerca do preenchimento de seus requisitos pela agravante ou a ausência de responsabilidade pelo creditamento que não os preencheu é compreendida pela alegação de boa-fé na realização das operações autuadas, cuja análise, repisa-se, somente ocorrerá após a devida instrução probatória, inclusive com possível realização de prova pericial contábil e técnica.

No tocante à alegação de **(c) ilegalidade da base de cálculo das multas aplicadas no AIIM nº 4.137.173-2**, verifica-se que esta adotou o valor original das operações autuadas, acrescido de correção monetária e juros de mora desde a data de quando deveriam ser emitidas as notas fiscais, em desconformidade com o artigo 96, inciso II, da Lei Estadual nº 6.374, de

¹ Art. 59. (...)

§ 1º. Para efeito deste artigo, considera-se: (...)

3. Documento fiscal hábil, o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto;

4. Situação regular perante o fisco, a do contribuinte que, à data da operação ou prestação, esteja inscrito na repartição fiscal competente, se encontre em atividade no local indicado e possibilite a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais apontados ao fisco.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
 3ª Câmara de Direito Público

01/03/1.989² e com o artigo 2º da Lei Estadual nº 10.175, de 30/12/1.998³, pois houve a suspensão da atualização monetária dos débitos fiscais a partir de 01/01/1.999, enquanto os juros de mora devem incidir apenas a partir do segundo mês subsequente ao da notificação da lavratura do auto de infração, o que ocorreu em 06/11/2.020.

Em relação à alegação de **(d) que as multas aplicadas no AIIM nº 4.137.173-2, possuem caráter confiscatório**, posto que a sua soma corresponde a 222% (duzentos e vinte e dois por cento) do imposto apurado, é possível extrair do AIIM nº 4.137.173-2 que a agravante supostamente creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 41.404,38 (quarenta e um mil, quatrocentos e quatro reais e trinta e oito centavos) (fls. 83 e 86), mas o valor das multas aplicadas pela agravada foi 35% (trinta e cinco por cento) do valor atualizado das operações autuadas, acrescido de juros de mora, resultando no montante de R\$ 92.232,00 (noventa e dois mil e duzentos e trinta e dois reais), ou seja, 222% (duzentos e vinte e dois por cento) do ICMS que teria sido indevidamente creditado pela agravante.

O E. Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a multa punitiva deve ser fixada entre 20% (vinte por cento) e 30% (trinta por cento) do valor do tributo, mostrando-se mais adequada à luz do princípio da proporcionalidade, razoabilidade e da vedação ao confisco.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – 2. Direito Tributário – 3. Aplicação de multa – **Vedação ao confisco – Multas tributárias fixadas em 20% a 30% do valor do débito – Possibilidade** – 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada – 5. Agravo regimental a que se

² Art. 96. O montante do imposto ou da multa, aplicada nos termos do artigo 85 desta lei, fica sujeito a juros de mora, que incidem:

(...)

II. relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 85 desta lei, **a partir do segundo mês subsequente ao da notificação da lavratura do auto de infração**. (negritei)

³ Art. 2º. A partir de 1º de janeiro de 1.999 fica suspensa a atualização monetária dos débitos fiscais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

nega provimento. **(Agravamento Regimento no Agravamento de Recurso Extraordinário nº 989.691/PE; Rel. Min. Gilmar Mendes; Órgão Julg.: Seg. Turma; Data do Julg.: 17/08/2.018, Data da Pub./Fonte: DJe 27/08/2.018)** (negritei)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – MULTA – VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO – APLICABILIDADE – RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO – DECISÃO MANTIDA – 1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas – **2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%** – 3. A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição – É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiosincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada – Agravamento regimento ao qual se nega provimento. **(Agravamento Regimento no Recurso Extraordinário nº 523.471/MG; Rel. Min. Joaquim Barbosa; Órgão Julg.: Seg. Turma; Data do Julg. 06/04/2.010; Data da Pub./Fonte: DJe 23/04/2.010)** (negritei)

Nesse sentido, é também o entendimento adotado por esta C. 3ª Câmara de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL – DÉBITO FISCAL – ICMS – Juros – Inconstitucionalidade da Lei nº 13.918/09 – Multa Abusiva – Sentença parcialmente procedente para limitar os juros à taxa SELIC e limitar a multa em 100% sobre o valor do débito fiscal – Apelação de ambas as partes – **Além da abusividade da multa acima de 100% sobre o tributo devido, os juros superiores à taxa SELIC estão com aplicação proibida** – Recurso da embargante parcialmente provido para **reduzir a multa para 30% sobre o valor do débito fiscal**, recurso da Fazenda e Reexame Necessário não providos. **(Apelação Cível nº 1010499-66.2020.8.26.0344; Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida; Comarca: Marília; Órgão Julg.: 3ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 01/09/2.021; Data de Reg.: 01/09/2.021)** (negritei).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

ICMS – ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – CREDITAMENTO INDEVIDO – Laudo pericial – Não entrega de documentos requeridos pelo expert para a comprovação das operações – Decadência, aplicação do disposto no art. 150, §4º, do CTN para fins de contagem de prazo – Precedente STJ – **Multa abusiva constatada – Redução para 30%** - Recurso da Autora parcialmente provido e não provido o recurso da Fazenda do Estado. **(Apelação nº 1027351-10.2016.8.26.0053; Rel. Des. Marrey Uint; Comarca: São Paulo; Órgão Julg.: 3ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 15/03/2.021; Data de Reg.: 15/03/2.021)** (negritei)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – ITCMD – PRETENSÃO DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ITCMD EXIGIDO NO AIIM Nº 4.070.846-9 – Sentença de improcedência – Pretensão de reforma – Autora que transacionou com sua genitora, no ano de 2009, cotas de sociedade no valor de R\$ 500.000,00 – Falecimento de sua genitora em 21.10.2010 – Recebimento de transferência patrimonial declarada à Receita Federal no ano base 2010 como transferências patrimoniais do quadro de rendimentos isentos e não tributáveis – **Inconformismo que merece acolhimento somente no que tange ao percentual da multa aplicada, que deve ser reduzida para 30%**, mantendo-se a r. sentença, no mais, por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais são adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal – Recurso parcialmente provido. **(Apelação nº 1038301-89.2016.8.26.0114; Rel. Des. Camargo Pereira; Comarca: Campinas; Órgão Julg.: 3ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 04/05/2.021; Data de Reg.: 04/05/2.021)** (negritei)

Nesse sentido, a multa punitiva não pode ultrapassar 30% (trinta por cento) do valor do tributo, sob pena de violação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ainda observar o princípio tributário da vedação ao confisco.

Logo, a multa aplicada, pelo menos em uma análise perfunctória, mostra-se abusiva e de caráter confiscatório.

Portanto, presente em parte a “fumaça do bom direito” ou a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

“probabilidade do direito” alegado.

No mais, o “perigo da demora” ou o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” também se evidencia, na medida em que a agravante poderá sofrer constrição patrimonial em valor superior ao devido, ante a incorreta base de cálculo das multas, a indevida atualização monetária desta e o valor confiscatório das multas aplicadas, e ainda, inexistente o “perigo de irreversibilidade dos efeitos desta decisão”.

Assim sendo, **DEFIRO** a **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL** pleiteada, **em menor extensão**, para **suspender a exigibilidade da totalidade do crédito tributário cobrado pelo AIIM nº 4.137.173-2**, até o juízo do presente agravo de instrumento.

Comunique-se ao douto Juízo “a quo”.

Nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil, intime-se a agravada FPESP para responder ao recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, sendo-lhe facultada a juntada de cópias das peças que entender necessárias.

Após, voltem-me conclusos.

São Paulo, 28 de abril de 2023.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
DESEMBARGADOR - RELATOR
(Assinatura Eletrônica)