



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000079812

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007501-80.2016.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado



ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2017.

Rubens Rihl
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº: 1007501-80.2016.8.26.0566
 Recorrente: JUÍZO EX OFFICIO
 Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Apelada: [REDACTED]
 Comarca: SÃO CARLOS
 Voto nº: 21604

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ICMS – *Transações comerciais realizadas com empresa que, posteriormente, foi declarada inidônea – Autuação da empresa compradora por infringência ao RICMS (Decreto n.º 45.490/00) – Impossibilidade – Ato declaratório de inidoneidade que somente produz efeitos para terceiros a partir de sua publicação – Vendedora que, no momento das transações, tinha situação regular perante o Fisco – Boa-fé da requerente, por outro lado, devidamente demonstrada pelas provas juntadas aos autos – Insubsistência da imposição da penalidade – Precedentes jurisprudenciais do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte – Sentença de procedência confirmada – Reexame necessário desacolhido. Recurso improvido.*

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal, com pedido de tutela provisória de urgência, movida por [REDACTED] contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, buscando a anulação do AIIM nº 4.038.760-4, sob o argumento de que não ocorreu o creditamento indevido do ICMS, eis que houve efetiva concretização das operações entabuladas pela requerente com a empresa "L. Manuel".

O pedido de tutela provisória de urgência foi deferido às fls. 952/954, determinando-se a suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, V do CTN, em relação ao AIIM nº 4.038.760-4, até ulterior determinação do Juízo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A r. sentença de fls. 1149/1153, da qual ora se adota o relatório, julgou procedente o pedido para anular o AIIM nº 4.038.760-4 e, por consequência, o débito fiscal decorrente, extinguindo-se a cobrança do imposto devido.

Em razão da sucumbência, a requerida foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Irresignada, a Fazenda do Estado de São Paulo apresentou recurso de apelação buscando a inversão do resultado do julgado. Alega, em apertada síntese, que, não houve uma análise detida dos documentos que supostamente comprovariam a ocorrência do negócio jurídico entre a apelada e a empresa posteriormente declarada inidônea. Salaria que, em sua contestação, impugnou todos os argumentos da apelada, ressaltando que não houve prova efetiva dos pagamentos das mercadorias, que sequer foram juntados e-mails ou correspondências sobre a negociação, que o endereço da retirada das mercadorias era diverso do da empresa, como atestou o motorista que fez o transporte e que a empresa emitente das notas fiscais jamais existiu, pois nunca funcionou no local indicado e não tinha autorização para impressão de documento fiscal. Defende, neste sentido, que a apelada não fez prova de sua boa-fé. Registra que, para que haja infringência à norma administrativo-tributária é suficiente que tenha havido o simples descumprimento do dever instrumental ou da obrigação principal, de modo que a análise da intenção do agente é irrelevante, sendo a Administração Pública autorizada a anular seus atos quando eivados de vícios, nos termos da Súmula 473 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Supremo Tribunal Federal. Atesta que, que uma vez declarada a inidoneidade do remetente do documento fiscal, a eficácia do ato emanado pelo ente tributante, não produz efeitos somente a partir da data da publicação, mas sim, produz efeitos *ex tunc*, retroagindo seus efeitos a todas as operações já praticadas (fls. 1155/1180).

Recurso recebido, processado e respondido às fls. 1184/1215.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta provimento.

Segundo o auto de infração e imposição de multa nº 4.038.760-4, a autora creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 171.771,66 (cento e setenta e um mil, setecentos e setenta e um reais e sessenta e seis centavos), decorrentes da escrituração de documentos, no Livro Registro de Entradas, tidos como emitidos por "L. Manuel & Filho Plásticos LTDA-ME, relativamente à entrada de mercadorias no estabelecimento, no período de janeiro de 2010 à janeiro de 2011, e que não atendem às condições previstas no item 3, do §1º, do artigo 59, do RICMS/00 (fls. 51/55).

Contudo, vê-se que a inidoneidade da citada empresa, com a qual a requerida travou transações comerciais, foi declarada apenas no ano de 2013, data posterior às transações pelo Fisco investigadas.

Ou seja, tais operações ocorreram à época em que a empresa taxada de inidônea se encontrava ativa e regular perante o Fisco.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De fato, o documento de fls. 277 demonstra que a autora se certificou perante “Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços – SINTEGRA” que a empresa “L Manuel & Filho Plásticos LTDA” se encontrava com a situação cadastral “habilitada” (fls. 277/278).

Assim, a posterior declaração de nulidade da Inscrição Estadual só pode produzir efeitos para terceiros após a respectiva publicação, momento em que terão condições de tomar conhecimento da situação daquela empresa com a qual irão comercializar.

Ademais, logrou a apelada demonstrar a sua boa-fé, trazendo para os autos as notas fiscais, registros de entrada das mercadorias com anotação de peso dos produtos (fls. 134/236 e 288 e seguintes), assim como comprovantes de transferência bancária eletrônica para a empresa L Manuel com a identificação de quais notas fiscais se tratavam os pagamentos (fls. 296, 301, 306, 311, 316, 321, 326, 331, 336, 341, 346, 351, 355, 360, 365, 370, 375, 379, 384, 389, 394, 399, 403, 407, 411, 416, 421, 426, 431, 436, 441, 446, 451, 457, 462, 466, 471, 475, 480, 485, 490, 495, 500, 505, 510, 514, 519, 523, 527, 533, 535, 539, 543, 547 e 550).

Importante destacar que, embora nem todos os documentos trazidos possam ser considerados provas aptas a afastar a caracterização da má-fé, os registros de entrada das mercadorias acompanhadas do comprovante de transferência bancária – os quais se mostram aptos a demonstrar o efetivo pagamento - com a identificação da operação comprovam a realização de efetiva transação com a empresa declarada inidônea posteriormente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Há também comunicações entre a autora e a empresa L Manuel pedindo a regularização de informações nas notas fiscais (fls. 284/286) e declaração do motorista, Sr. Carlos Eduardo Sampaio Nastri, de que foi contratado para fazer o transporte das mercadorias comercializadas (fl. 280). Ressalta-se que, o fato da mercadoria ter sido retirado em local diverso do apresentado pela empresa não tem o condão de, por só, caracterizar qualquer ilicitude da autora, mormente considerando, como já dito, que há documentos que comprovam a efetiva realização do negócio jurídico.

E uma vez demonstrada que as partes efetivamente firmaram negócio jurídico, não se pode atribuir ao contribuinte de boa-fé antever uma situação jurídica futura e incerta, e mais, ser punido por isso, se a empresa com a qual travou operações comerciais possuía, na época dos fatos, situação regular perante o Fisco.

Aliás, descabido imputar à ora apelada a obrigação de diligenciar quanto à existência do estabelecimento comercial da empresa com que negocia.

Como já consignado em precedente desta Colenda Corte de Justiça:

“ (...) a alegação de que incumbia à autora perquirir a real existência de efetivo e operante estabelecimento comercial em nome da empresa com que negocia não encontra respaldo jurídico, além de não condizer com a dinamicidade exigida pelo atual mercado econômico (v.g. e-commerce; multiplicidade de estabelecimentos comerciais em nome de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

uma mesma empresa etc.).

Antes, para os fins de legitimar o aproveitamento do crédito de ICMS, compete aos agentes econômicos verificar tão-somente a regularidade cadastral daquele com quem se pretende contratar, bem como demonstrar a autenticidade do negócio jurídico realizado, relegando-se ao Fisco a responsabilidade por verificar a idoneidade e validade dos registros formais das empresas, sem que as conclusões por ele obtidas no processo de análise possam retroagir (eficácia ex tunc) para alcançar direitos adquiridos de terceiros de boa fé.

Consequentemente, no caso em testilha, o aproveitamento do crédito de ICMS gerado na cadeia de cobrança diferida (em prestígio à regra da não cumulatividade), tal como realizado pela adquirente de boa-fé naquelas operações de circulação de mercadorias destacadas pelo Fisco no auto de infração, foi válido, ainda que as notas fiscais correlatas tenham sido, posteriormente, declaradas inidôneas, sendo certo que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (ex nunc).”
(Apelação n. 0009757-14.2012.8.26.0126, rel. Des. Ana Liarte, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11.05.2015).

Não é outra a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do REsp 1148444/MG, no âmbito de recursos repetitivos, assim decidiu:

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante).

3. In casu, o Tribunal de origem consignou que:

"(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes."

4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o 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, rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 14.04.2010)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mesmo sentido, outros precedentes deste Egrégio Tribunal:

“TRIBUTÁRIO – ICMS – Ação anulatória de débito fiscal – Creditamento indevido de ICMS de empresa declarada inidônea – Declaração de inidoneidade posterior à ocorrência das operações mercantis produz efeitos somente a partir de sua publicação – Observância do decidido pelo STJ nos autos do REsp n. 1.148.444-MG, julgado na forma do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos) e do enunciado da Súmula n. 509 do STJ – Autuação impugnada na esfera administrativa e mantida em sede de recurso – Realidade das operações suficientemente demonstrada – Entrada das mercadorias no estabelecimento da autora reconhecida pelo Fisco – Ação procedente – Sentença mantida – Recurso voluntário da FESP não provido.” (Apelação n. 1004256-75.2014.8.26.0196, rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, Primeira Câmara de Direito Público, j. 23.06.2015).

“Anulatória – Multa por infração ao regulamento do ICMS – Negócio efetuado com empresa posteriormente declarada inidônea – Comprovação do efetivo pagamento em favor da empresa vendedora das mercadorias – Boa-fé demonstrada – Nego provimento ao recurso da requerida e ao reexame necessário e dou provimento ao recurso da requerente.” (Apelação n. 0021306-46.2012.8.26.0344, rel. Des. Aliende Ribeiro, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02.06.2015).

Sendo assim, não se pode admitir que a declaração retroativa de idoneidade, por si só, macule todas as operações comerciais travadas pela empresa investigada, alcançando os efeitos da grave constatação a terceiros, sem maiores comprovações do conluio.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, comprovada a regularidade da empresa vendedora na época da celebração do negócio com a autora, bem como a efetiva operação mercantil realizada entre elas, tem-se por incabível a autuação lavrada pela Fazenda, mostrando-se de rigor a confirmação a r. sentença.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao improvimento do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí porque, pelo meu voto, desacolhe-se o reexame necessário e nega-se provimento ao apelo.

RUBENS RIHL
Relator