



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000494406

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000052-15.2018.8.26.0659, da Comarca de Louveira, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DOLFIN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO E EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 28 de junho de 2022.

COIMBRA SCHMIDT
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 44.905

Apelação nº 1000052-15.2018.8.26.0659 – LOUVEIRA
Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelada: DOLFIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
MM.^a Juíza de Direito: Dr.^a Camila Corbucci Monti Manzano

TRIBUTÁRIO. AIIM. Recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais idôneos. Operação realizada com empresa fornecedora considerada inapta por simulação de estabelecimento. Adequada comprovação documental da realização das operações. Boa-fé demonstrada. Súmula nº 509 do STJ. Recurso não provido.

Trata-se de tutela cautelar antecedente, convolada em ação ordinária, ajuizada por Dolfín Indústria e Comércio Ltda. colimando a declaração de inexigibilidade do débito inscrito na CDA nº 1.240.384.180, decorrente do AIIM nº 4.084.172-8, lavrado pelo fisco paulista pela entrada de mercadorias em seu estabelecimento desacompanhadas de documentos fiscais idôneos, ante a declaração de inidoneidade do emissor por simulação de estabelecimento, e ter, com isso, se creditado indevidamente do ICMS no montante de R\$ 75.920,40 (f. 1/26 e 420/45).

Contestação a f. 452/61, via da qual reconhece a ré a duplicidade dos lançamentos no que diz respeito às notas fiscais nº 1252, 1331 e 1427, emitidas pela empresa Topmax Comercial Ltda., que também foram objeto de lançamento e glosadas por meio do AIIM 4.047.185, pelo que determinou o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cancelamento dos itens I.1 a I.3 do Demonstrativo de Débito Fiscal constante dos autos, conforme registra a f. 462/8, restando, então, apenas o item I.4 do referido DDF [R\$ 5.310,00, f. 89], concernente à operação celebrado com a fornecedora Resimad (f. 453).

Julgou-a procedente a sentença de f. 545/8, cujo relatório adoto, para declarar a nulidade da CDA nº 1240384180. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento dos honorários advocatícios da parte autora, fixados em 8% do valor da causa (art. 85, §3º do CPC).

Apela a ré. Segundo afirma, Em diante do reconhecimento por parte da FESP da duplicidade dos lançamentos no que diz respeito às notas fiscais nº 1252, 1331 e 1427, esse ponto foi reconhecido em sentença. Sustenta, ademais, que a irregularidade da operação e a inidoneidade dos documentos fiscais são fatos incontroversos, sendo reconhecidos pela autora, que apenas alega em sua defesa ter agido de boa-fé. (...) O trabalho minucioso do fisco comprova que a empresa "alienante" das mercadorias adquiridas pela requerente simulou a sua existência (f. 560/82).

Contrarrazões a f. 589/600.

É o relatório.

A autora foi autuada em 27 de setembro de 2016 por ter recebido mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea de Topmax Comercial Ltda. e Resimad Plásticos e Madeiras Indústria e Comércio - Eireli e, com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

isso, se creditado indevidamente do imposto correspondente, nos seguintes termos:

AIIM nº 4.084.172-8 (f. 87/90)

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

1. O contribuinte acima identificado, enquadrado no Regime Periódico de Apuração **creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 75.920,40, no período de novembro de 2011 a fevereiro de 2013**, nas datas e valores especificados no Relatório Circunstanciado anexo, decorrente da escrituração no Livro Registro de Entradas, de Notas Fiscais Eletrônicas listadas no referido Relatório, relativamente à entrada de mercadorias no estabelecimento, através de documentos inidôneos que, conseqüentemente, não atendem às condições previstas nos itens 2, 3 e 4 do parágrafo 1º do artigo 59 do RICMS/00. Tais documentos são de emissão atribuída a TOPMAX COMERCIAL LTDA. - CNPJ 11.848.840/0001-25 - IE 492.396.345.111 e **RESIMAD PLÁSTICOS E MADEIRAS INDÚSTRIA E COM - EIRELI** - CNPJ 16.927.271/0001-27 - IE 145.669.202.119, **empresas cujas inscrições estaduais foram declaradas NULAS em face da constatação de simulação de existência**, conforme se comprova pelos processos de apuração (GDOC 1000325-408091/2014 e 1000371-309264/2014) anexados ao presente. Notificado a prestar informações acerca das operações, o contribuinte apresentou resposta e cópias de documentos, que seguem em anexo.

INFRINGÊNCIA:

Apelação Cível nº 1000052-15.2018.8.26.0659



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Arts. 61, art. 59, §1º, item 3, 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.

Como decorrência do cancelamento parcial do mencionado auto de infração em relação à empresa Topmax Comercial Ltda. (f. 453 e 462/8), dada a reconhecida duplicidade de lançamentos no que diz respeito às notas fiscais nº 1252, 1331 e 1427, porquanto também objeto do AIIM 4.047.185, houve perda parcial do objeto da ação.

A controvérsia, portanto, resume-se à declaração de inidoneidade da fornecedora Resimad Plásticos e Madeiras Indústria e Comércio – EIRELI, ocorrida após decisão proferida no Processo Administrativo nº 1000371-309264/2014 - Operação Quebra-Gelo (f. 252/76), publicada em 24 de maio de 2014 (conforme f. 269), com efeitos retroativos a partir da data da concessão da sua inscrição estadual, em 28 de setembro de 2012, nos termos do art. 30, inciso I, da Lei 6.374/89¹. Nele, concluiu a fiscalização ter ocorrido a simulação da existência do estabelecimento ou da empresa fornecedora (f. 267), com efeito sobre o crédito da autora, decorrente das 2 notas fiscais por aquela emitidas, de nºs 83 e 92 (f. 75/6 e 81/2).

O desate perpassa necessariamente

¹ **Artigo 21** - A inscrição no cadastro de contribuintes será nula a partir da data de sua concessão ou de sua alteração, nas situações em que, mediante procedimento administrativo, for constatada: I - simulação de existência do estabelecimento ou da empresa;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela averiguação da ocorrência efetiva das citadas operações, que autorizariam o creditamento do ICMS proveniente de notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, nos termos da Súmula nº 509 do STJ (assentado em sede de repetitivos pelo REsp nº 1.148.444/MG, Tema nº 272), segundo a qual 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.

Isto porque, nos termos do art. 23, *caput*, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996², o direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Assim, a presunção de legitimidade relativa do auto de infração, que justamente contrasta a veracidade dos negócios subjacentes, realizados com empresa dita inexistente, somente pode ser afastada mediante prova da sua realização (Art. 204, Parágrafo único, do CTN³).

A sentença considerou que a autora comprovou a regularidade da operação, precipuamente pelos comprovantes de pagamento referentes aos negócios jurídicos que deram origem ao crédito. (...) também, as aquisições foram realizadas antes da declaração de nulidade das aludidas empresas (f. 546).

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm

³ **Art. 204, § único:** A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De fato, apesar de a escrituração contábil (livro Registro de Entradas de f. 98/107), não atestar *per se* a efetividade das operações de compra e venda controvertidas (relativas a polipropileno a granel, matéria-prima na industrialização de produtos plásticos), os respectivos extratos bancários de f. 146/8 e 151/3, correlacionados às 2 notas fiscais eletrônicas nº 83 e 92 (reproduzidas a f. 144 e 149), cumprem esse desiderato, por identificarem o adquirente bem como o destinatário dos pagamentos. Como obtemperou a sentenciante, a propósito, o documento apresentado às fls. 18 indica como “sacado” a parte autora e “sacador” a empresa “Resimad”.

Outrossim, não passa despercebido ter Julgador Tributário, quando do julgamento da defesa administrativa (f. 316, item 31), registrado que Quanto às irregularidades apuradas junto ao fornecedor “Resimad”, vemos que **o estabelecimento foi encontrado, mas exercia atividade de forma irregular**, conforme observações feitas no local de exercício de suas atividades (fl. 178) e do faturamento da empresa (fl. 179) (grifei).

Nessa perspectiva, malgrado os argumentos da apelante, não é possível inferir que as operações foram fictícias, forjadas.

Ao revés, a materialidade dos fatos geradores está suficientemente demonstrada, ainda que, em relação à fornecedora, possa haver elementos indiciários aptos a denotar a perpetração de fraudes contra o fisco (f. 264/5), situação que, no entanto, não pode ser imputada aos adquirentes de seus produtos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, não cabe da adquirente exigir cuidados exacerbados antes de concluir os negócios, como, por exemplo, diligência nas instalações do fornecedor, como sugere a ré a f. 566, já que se trata de ato exclusivo do agente fiscal, em relação à empresa até então regular junto ao fisco.

Nas circunstâncias, a controvérsia é claro exemplo da responsabilidade sem culpa prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional⁴, pela qual haveria o contribuinte, ainda que de boa-fé, de suportar os efeitos do desvio praticado por outrem. Mas a resposta a essa proposição é desenganadamente negativa.

Ao relatar a Apelação Cível nº 343.103-5/0, ponderei que o art. 136 do CTN deve ser interpretado com prudência, sempre tendo em mente que ao princípio da responsabilidade objetiva precede o da causalidade segundo o qual, em matéria penal e nisso se insere o Direito Penal Administrativo à afirmação da culpa é necessário estabelecer, com segurança, necessária relação de causalidade entre conduta anterior do agente e o resultado ilícito final. É este, de resto, corolário da presunção de inocência subjacente ao direito fundamental prescrito no artigo 5º, LVII, da Constituição da República.

Lembrei que esta Câmara, ao julgar a Apelação Cível nº 184.127 e os Embargos Infringentes nº 102.593, recursos estes relatados pelo Des. Guerrieri Rezende, observou que a boa-fé se presume, e não a má-fé. Esta, sim, é que tem que ser comprovada, às completas, para demonstrar a ilicitude da empresa no recolhimento do tributo.

⁴ **Art. 136.** 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesses termos é farta a
jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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

1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 08/2008.⁵

Dito em outras palavras, é possível que tenha havido fraude pelo fornecedor, conforme consignado pela fiscalização. O concurso da autora, todavia, não está demonstrado, antes, sequer foi cogitado. Assim, como princípio geral de direito, a boa-fé se presume. *Tollitur quaestio*.

Agregados os fundamentos da sentença, nego provimento ao recurso.

Mercê da sucumbência recursal, elevo a honorária em dois pontos percentuais, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

COIMBRA SCHMIDT
Relator

⁵ REsp nº 1.148.444 - MG (2009/0014382-6), Min. Luiz Fux, j. em. 4.4.2010.