



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

SENTENÇA

Processo nº: **1011456-86.2018.8.26.0037**
Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
Requerente: **Cervejarias Kaiser Brasil S/A e outro**
Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz de Direito: Dr. **João Baptista Galhardo Júnior**

Vistos.

CERVEJARIAS KAISER BRASIL S/A, qualificada nos autos, ajuizou ação anulatória de débito fiscal, em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, alegando que fora autuada por infração à legislação do ICMS (AIIM nº 4.012.743-6) porque teria recebido, no período de abril à maio de 2008, mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal hábil, por estarem acobertadas por notas fiscais inidôneas, que foram emitidas pela empresa Luis Carlos Demarque, que teve sua inscrição estadual declarada nula em março de 2012. Afirmou que não pode ser responsabilizada de forma solidária vez que não teve nenhuma participação no fato gerador; que não houve destaque de ICMS nos documentos fiscais que acobertavam a remessa das mercadorias; que a empresa Luis Carlos Demarque encontrava-se regular na época da negociação; que a declaração de inidoneidade não retroage para atingir as operações já praticadas e por fim que a multa aplicada em montante mais de cinco vezes do valor do imposto é confiscatória. Assim, pleiteou liminar para suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do AIIM nº 4.012.743-6, e o final, a procedência do pedido para declarar a anulação do débito fiscal constante na inicial, desobrigando-a de seu recolhimento ou, alternativamente, a redução da multa imposta. Com a inicial vieram os documentos.

A liminar foi deferida.

Citada, a requerida apresentou contestação sustentando

1011456-86.2018.8.26.0037 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

que a solidariedade imposta com relação ao pagamento de ICMS, decorre de lei e do regulamento de ICMS, estando em conformidade com o artigo 124, I e II do CTN. Alegou com relação à multa que esta tem previsão no artigo 203 do RICMS/2000. Por fim afirmou que a autora não apresentou provas da efetividade da operação com a empresa mencionada na inicial. Juntou documentos.

Houve réplica.

É o Relatório.

Fundamento e Decido.

O feito está em condições de ser julgado, sendo desnecessária a dilação probatória (art. 355, I, CPC).

Consta dos autos que a autora teve lavrado contra si auto de infração e imposição de multa (AIIM n. 4.012.743-6) relativo a operações mercantis realizadas no ano de 2008 com a empresa Luis Carlos Demarque a qual foi reconhecida a inidoneidade em data posterior às operações realizadas com a autora.

Sobre esse tema, o Código Tributário Nacional é expresso ao dispor que os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas (artigo 100, inciso I), como é o caso da declaração de inidoneidade (REsp nº 133.325-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, d.j. 22.02.2000) produz efeitos “*ex nunc*”, mais especificamente a partir da data de sua publicação (artigo 103, inciso I).

Em casos como o presente, nos termos do que estabelece o enunciado da súmula nº 509 do Superior Tribunal de Justiça, além da declaração de inidoneidade pelo Fisco apenas gerar efeitos a partir de sua publicação, cabe ao contribuinte de boa-fé, que se creditou do imposto lançado nas notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, demonstrar a efetiva realização da operação mercantil: *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.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Contudo, no caso presente, a autuação decorreu de operações mercantis que não restaram comprovadas nos autos. Não se trata, pois, de dar efeito retroativo à declaração de inidoneidade, mas de admitir ou não creditamento de imposto com base em operações mercantis cuja existência não restou comprovada. Não basta, para tanto, o relatório de notas fiscais, registro de entradas e recibos de pagamentos, sem qualquer identificação.

Cabia à autora o ônus probatório de indicar eventuais dados relativos a compra e venda ou outros elementos que pudessem deixar clara a real existência do negócio e seu respectivo pagamento com a empresas fornecedoras, do que não se desincumbiu.

A documentação apresentada pela autora, portanto, é que se mostrou inidônea como prova das operações mercantis visando o creditamento de ICMS, o que impõe, como correta, a autuação pela infração descrita no auto de infração objeto da presente.

Sobre o tema, confira entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. Ação anulatória de débito fiscal. Auto de Infração e Imposição de Multa AIIM. Creditamento indevido de ICMS. Créditos apoiados em operações praticadas com empresa declarada inidônea. Sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação. 1. ICMS e multa. Creditamento indevido de ICMS. Empresa emitente das notas fiscais, alienante das mercadorias, declarada inidônea pelo fisco bandeirante. Inidoneidade da empresa vendedora das mercadorias declarada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo em momento posterior ao da realização das operações. 2. Efetiva realização das operações comerciais que, entretantes, não foram devidamente comprovadas. Regularidade das operações cujo reconhecimento é inadmissível. Manutenção da autuação que é medida de rigor. 3. Sentença mantida. Recurso da autora não provido. (TJSP; Apelação 1005870-50.2015.8.26.0077; Relator: Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Birigui - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/07/2017; Data de Registro: 28/07/2017).

"Apelação Direito Tributário ICMS Declaração de Inidoneidade Ação anulatória de débito tributário Ausência de prova, por parte da autora, de legalidade das operações comerciais que lastrearam o creditamento de ICMS, especialmente tendo em vista a comprovação de simulação da empresa fornecedora Ocorrência de fraude Empresa inexistente Boa-fé não caracterizada Precedente desta E. 11ª Câmara de Direito Público Sentença de improcedência mantida Recurso impróvido" (TJSP; Apelação 1005017- 96.2016.8.26.0597; Relator Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2017).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Assim, de rigor a improcedência do pedido de anulação do débito fiscal oriundo do auto de infração impugnado.

No que se refere à redução da multa, o pedido comporta parcial acolhimento, porquanto sua cobrança encontra-se em excesso, revestido de caráter confiscatório, sendo desproporcional ao dano experimentado pelo Fisco.

Cumprе observar que o C. STF firmou entendimento de que o valor da obrigação principal deverá funcionar como limitador da norma sancionatória, configurando abusividade na arbitração de multa acima de 100% (cem por cento) do valor da obrigação principal (ARE836.828, AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 16/12/2014).

Diante disso, deve ser acolhido o pedido da autora de redução da multa no que exceder o valor creditado indevidamente.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO. Ação anulatória. Pretensão à anulação de AIIM decorrente de creditamento de ICMS em operações realizadas com empresa declarada inidônea posteriormente às transações. Ausência de comprovação da realidade das operações. Impossibilidade de reconhecimento de boa-fé. Multa punitiva de 50% sobre o valor da operação, resultando em quantia correspondente a 347% do valor creditado indevidamente. Caráter confiscatório. Anulação parcial da multa punitiva, no que excedera 100% do tributo devido. Precedentes. Recurso provido em parte" (Apelação nº 1005307-71.2017.8.26.0114 – Rel. Antonio Celso Faria)

Ante o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação, APENAS para determinar que a multa punitiva não ultrapasse 100% do valor do tributo devido.

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários de seus advogados.

P.I.C.

Araraquara, 17 de dezembro de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**