



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000469475

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001209-38.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante HISPEX TECNOLOGIA EM ALUMUNIO EIRELI.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da FESP, restando PREJUDICADO o apelo da empresa/autora. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Jose Marcelo Lobato Silva Matida.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 14 de maio de 2025

SPOLADORE DOMINGUEZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 22934

Apelação nº 1001209-38.2016.8.26.0224

Comarca: Guarulhos

Apelantes/Apelados: Estado de São Paulo e Hispex Tecnologia em Alumínio – EIRELI
MM.^a Juíza: Marina Dubois Fava

TRIBUTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA FUNDAMENTADO NO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS DECORRENTE DA ENTRADA DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL, ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS SUPOSTAMENTE EMITIDAS PELA EMPRESA "RBA RECICLAGEM E INDÚSTRIA DE ALUMÍNIO LTDA.", TENDO SIDO APURADA SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EM NOME DA EMITENTE – Pretensão à anulação do AIIM – Descabimento – Hipótese de ocorrência de simulação de operações interestaduais não afastada – Ausência de boa-fé – Inexistência de prova segura da efetiva realização das operações apontadas no AIIM – Autora que não se desincumbiu do ônus que lhe competia – Multa que deve ser reduzida, porém, a 100% do valor do tributo – Inconstitucionalidade dos juros com base na Lei Estadual nº 13.918/09, porquanto superiores à taxa SELIC (Tema nº 1.062/STF – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Sucumbência recíproca – Redistribuição dos ônus da sucumbência, postergando a fixação para a fase de liquidação – Apelo da empresa/autora, visando, unicamente, o aumento do percentual fixado, prejudicado – Sentença reformada, em parte. – Apelo da FESP parcialmente provido e apelo da autora prejudicado.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal intentada por Hispex Tecnologia em Alumínio – EIRELI em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando “1) concessão parcial dos efeitos da tutela a fim de que a RÉ se abstenha de inscrever em dívida ativa o débito representado pelo AIIM nº 4.038.921-2; 2) a citação da Fazenda do Estado de São Paulo, na pessoa do Delegado Regional Tributário atuante no Posto Fiscal de Guarulhos/SP, para que, querendo, apresente defesa sob pena dos consectários legais; 3) seja declarado nulo o ato administrativo consiste no Auto de Infração e Imposição de Multa – AIIM – nº 4.038.921-2, pelos motivos acima alinhavados; e, 4) se assim não entender, seja reconhecido a incidência de multas e juros superiores aos previstos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos; 5) a aplicação dos benefícios do artigo 527-A do decreto 45.490/2000, artigo 92 da Lei nº 6.374/89.” (fl. 25).

A r. sentença de fls. 3759/3766, integrada pela r. decisão de fl. 3867, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido, *“para anular o AIIM nº 4.038.921-2, já que, comprovada a realização de negócios jurídicos anteriores à declaração de inidoneidade de empresa fornecedora de mercadorias, não há como se dar efeito retroativo à referida punição, atingindo-se terceiro de boa fé.”* (...) *“ACOLHO os embargos de declaração de fls. 3770/3772, de modo que condeno a parte requerida ao reembolso das custas e despesas processuais e ao pagamento dos honorários sucumbenciais fixados em 3% do valor do proveito econômico obtido, mantendo-se, no mais, a sentença tal como lançada.”*

Apela a Fazenda Estadual (fls. 3798/3809), postulando a inversão do julgado, ao argumento de que *“trata-se de ação na qual a requerente busca a anulação dos autos de infração de nº 4.038.921-2, lavrados em razão do aproveitamento de créditos de ICMS em desacordo com o disposto no art. 59, § 1º, 3, do RICMS, por terem sido os documentos fiscais declarados inidôneos. Nos termos da pacificada jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça (em Repetitivo e Súmula), uma vez declarada a inidoneidade do documento, como ocorreu no presente caso, o crédito é indevido, salvo se o contribuinte demonstrar sua boa-fé na realização da operação, ou seja, se demonstrar a regularidade da operação. A discussão relevante aos autos, portanto, não é se as mercadorias ingressaram ou não na empresa autora. A fiscalização jamais negou tal possibilidade ou fundamentou a autuação no mesmo. Efetivamente, a acusação fiscal não foi baseada na inexistência de entrada das mercadorias, mas na inexistência de fato das empresas que as venderam à autora, o que leva à inexorável conclusão de que as mercadorias tiveram origem diversa, desconhecida, o que é altamente irregular e acarreta na declaração de inidoneidade dos documentos fiscais.”*

Apela a empresa autora (fls.3954/3964) aduzindo que *“vislumbra-se que a r. sentença de primeiro grau (fls. 3759/3766, parcialmente alterada pela r. decisão de fls. 3867) decidiu, com a devida vênia, de forma equivocada sobre a questão da fixação dos honorários sucumbenciais devidos pelo Estado Apelado, de modo que deve ser imediatamente reformada, para fins de que: a) os honorários sucumbenciais sejam fixados*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em obediência às regras definidas no §§ 3º e 5º do artigo 85 do Novo CPC, com a aplicação dos percentuais, de forma subsequente e sucessiva, para cada faixa de valor do proveito econômico obtido (valor atualizado do AIIM anulado), tal como fundamentado no tópico III.1 acima; b) sucessivamente, os honorários sucumbenciais sejam fixados com base nos percentuais dispostos no inciso III do § 3º artigo 85 do Novo CPC, tal como fundamentado no tópico III.2 acima.”

Contrarrazões nos autos (fls. 3815/3838 e 3969/3977).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Em 15.01.2025, esta C. Câmara procedeu ao julgamento do presente recurso, por meio do julgamento virtual (V. Acórdão fls. 3999/4022).

Entretanto, em razão da verificação de que o julgamento foi realizado sem a devida e tempestiva intimação para manifestação de oposição ao julgamento virtual, foram acolhidos embargos declaratórios, com efeitos modificativos e determinação, anulando o processo a partir do V. Acórdão de fls. 3999/4022, para o fim de novo julgamento, não virtual, do recurso (fls.4075/4078). Após, os autos tornaram conclusos (fl.4083).

Eis o breve relato.

A autora, Hispex Tecnologia em Alumínio – EIRELI, foi autuada, em 24.03.2014, conforme revela o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.038.921-2 (fls. 34/35), em razão do creditamento indevido de ICMS decorrente da entrada de mercadorias no estabelecimento industrial, acobertadas por notas fiscais eletrônicas supostamente emitidas pela empresa "Rba Reciclagem e Indústria de Alumínio Ltda.", tendo sido apurada simulação de operações interestaduais em nome da emitente. Veja-se:

“I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

1. Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 436.253,69 (quatrocentos e trinta e seis mil, duzentos e cinquenta e três reais e sessenta e nove centavos), nos meses de junho de 2011 e de maio de 2012 a dezembro de 2012, nas datas e valores



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

especificados no demonstrativo untado, decorrente da entrada de mercadorias no estabelecimento industrial, acobertadas por Notas Fiscais Eletrônica, Mod.55, supostamente emitidas pela empresa RBA RECICLAGEM E IND DE ALUMÍNIO LTDA., devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas, Mod.1, que não atendem as condições previstas no item 3, do § 1º, do artigo 59 (Dec. 45490/00. Foi constatado pelo fisco Paulista, consoante RELATÓRIO DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - RBA/RJ. e RELATÓRIOS DA TRANSPORTADORA RAPÍDA ITAQUAQUECETUBA LTDA.-CNPJ 59.202.085/0001-33", de que as referidas NFe., Mod. 55, foram emitidas simulando operações interestaduais. Se as mesmas operações estivessem acobertadas por NFe. emitidas por contribuintes deste Estado, as operações estariam ao abrigo do Diferimento. O contribuinte foi notificado a comprovar as operações objeto das referidas NFe, apresentando documentação que, após análise, foi objeto de "Relatório Circunstanciado", que faz parte integrante do presente relato, que evidencia que as referidas operações não tiveram origem no Estado do Rio de Janeiro, como se propôs a simulação.

O relatório elaborado pelo Fisco Paulista constatou que os documentos fiscais de emissão do suposto fornecedor, com destaque do ICMS, representam operações simuladas.

As diligências realizadas pelo fisco Paulista provam que o suposto fornecedor possui quadro societário composto por interpostas pessoas, as quais não foram localizadas, bem como constatou que a empresa encontra-se instalada em modesto galpão, não apresentando estrutura física e operacional para realizar o volume de operações constatadas pelo Fisco, entre outros fatos apurados.

Os relatórios elaborados pelo Fisco Paulista relativos ao principal transportador citado nas referidas operações, evidenciam



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

simulação de operações de prestação de serviços, tal qual foi constatado relativamente às operações declaradas nas NFe., mod. 55, supostamente emitidas pela empresa RBA/RJ.

Seguem juntados para comprovação da infração: Livros, documentos fiscais, notificações, Relatórios fiscais, etc.

INFRINGÊNCIA: Arts. 61 e art. 59, § 1º, itens 3 e 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. (fl. 46)

Pois bem.

É cediço que a boa-fé do contribuinte adquirente de mercadorias, desde que comprovada a efetiva operação, autoriza o creditamento do ICMS proveniente de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, nos moldes da Súmula nº 509 do STJ:

“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”.

Para situações que tais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no Recurso Especial nº 1.148.444 – MG, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 14.4.2010, no sentido de que *“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”*. Assentou que *“A responsabilidade do*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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”. E concluiu: “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”.

A matéria não constitui novidade nesta Colenda 13ª Câmara de Direito Público, a exemplo da Apelação/Reexame Necessário nº 0013598-64.2011.8.26.0348, Relator Desembargador BORELLI THOMAZ, j. 15.10.2014:

“Ação anulatória. Auto de Infração e Imposição de Multa. Operações de entrada desacompanhadas de documentação idônea. Inidoneidade declarada posteriormente. Enunciado nº 509 das Súmulas do E. Superior Tribunal de Justiça. Efetividade das operações demonstrada. Prova nesse sentido. Boa-fé que se presume. Recurso e reexame necessário desprovidos”.

No mesmo sentido a Apelação nº 0034244-44.2010.8.26.0053, Relator Desembargador RICARDO ANAFE, j. 19.11.2014:

“Apelação Cível – Anulatória.

ICMS – Creditamento indevido com base em notas fiscais declaradas inidôneas – Contribuinte que demonstrou ter agido de boa-fé – Pedido procedente – Recurso desprovido.

Nega-se provimento ao recurso interposto”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Todavia, na espécie, respeitado o entendimento da MM.^a Juíza de Primeiro Grau, a prova produzida nos autos não é suficiente para comprovação da boa-fé, nem, tampouco, a efetividade da aquisição das mercadorias da empresa “RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio Ltda.”

Com efeito, decorreu o AIIM do resultado da “Operação Alumínio” oriunda da operação “Treze Listas” que considerou que a empresa RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio e Metais Ltda. não possuía estrutura para industrialização dos produtos adquiridos pela autora, além de deter quadro societário formado por pessoas interpostas e haver simulado operações para gerar créditos de ICMS para empresas paulistas.

Observe-se das informações da Diretoria da Representação Fiscal de fls. 1031/1033:

“O presente AIIM foi lavrado devido à utilização de crédito de ICMS obtido com base em documentação inidônea, decorrente da declaração de simulação de operações com o objetivo de transferir crédito indevido de ICMS do estabelecimento da empresa RBA RECICLAGEM E INDÚSTRIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIOS E METAIS LTDA - RJ, emissora das notas fiscais. Em trabalho fiscal de apuração de inidoneidade de documentos supostamente emitidos por RBA RECICLAGEM E INDÚSTRIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIOS E METAIS LTDA, o fisco apurou que:

☐ *a estrutura encontrada no estabelecimento da empresa RBA é de um galpão de porte médio, com pequena produção de gotões e linguotes de alumínio, que não possui condições de, em um período inferior a 02 anos, ter remetido apenas para o Estado de São Paulo, mais de R\$ 1 bilhão em mercadorias;*

☐ *o quadro societário da empresa RBA é composto por interpostas pessoas;*

☐ *não foram apresentados, após notificação da Sefaz-RJ, livros e*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

documentos fiscais;

☐ *em diligência à TRANSPORTADORA RÁPIDA ITAQUAQUECETUBA LTDA, responsável pelo suposto transporte de mais de 90% das operações constantes neste AIIM, ocorreram 03 notificações e a empresa não apresentou qualquer documentação fiscal;*

☐ *as operações não se originaram no Estado do Rio de Janeiro, devido ao quase inexistente tráfego de veículos da TRANSPORTADORA RÁPIDA ITAQUAQUECETUBA LTDA pelo pedágio de fronteira entre RJ e SP, de acordo com pesquisas realizadas no sistema VIA FÁCIL/SEM PARAR;* ☐ *a empresa RBA teria, em média, que movimentar cerca de 325 toneladas diárias de alumínio, o equivalente a 13 carretas de 25 toneladas, para atender apenas aos clientes paulistas, o que é completamente irreal quando analisado em conjunto com a modesta estrutura operacional da empresa e a situação financeira de seus sócios.*

7. Portanto, ficou evidente que a empresa RBA simulou operações interestaduais com a exclusiva finalidade de transferir créditos indevidos a destinatários paulistas, visto que nas operações internas, tais produtos estariam ao abrigo do diferimento.

8. Destaque-se que as alegações do fisco são devidamente sustentadas pelo Relatório de Operações Interestaduais – RBA/RJ (fls. 86/114).”

E, analisando tais informações por ocasião do julgamento de recurso ordinário, ao qual foi negado provimento, decidiu o Tribunal de Impostos e Taxas:

“Trata-se de acusação de crédito indevido decorrente de ter sido apurada a simulação de operações interestaduais, dentro das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

verificações instauradas pela “Operação Alumínio”. Acaso as remessas fossem internas, o imposto seria diferido, não havendo o creditamento, o que justificaria tais simulações. Estas as conclusões dos relatórios elaborados e anexados aos autos.

Defende-se a Recorrente, especialmente alegando a sua impossibilidade de investigar fornecedores e conhecer as irregularidades por eles praticadas; ao fato de que o fisco teria presumido e não comprovado as simulações e que teriam sido autorizadas a notas eletrônicas que acobertaram as operações.

Em síntese, considera que tendo comprovado a efetividade das operações com o emitente dos documentos e que estaria de Boa-fé, devendo ser favorecido pelo entendimento esposado pelo STJ, quando comprovada esta circunstância.

Passo a examinar a forma como foi realizado o trabalho fiscal. Primeiramente, repiso que o trabalho fiscal é fruto de verificações fiscais decorrentes de uma operação, denominada “Operação Alumínio”, por meio da qual foram constatadas irregularidades envolvendo o respectivo mercado.

Para comprovar tais acusações, foram trazidos aos autos: i) o Relatório Fiscal de fls. 12 a 19; ii) cópias dos DANFE's e livros fiscais; iii) notificações e respectivas respostas; iv) Relatório de Operações interestaduais RBA/RJ, elaborado pela DEAT-AFE; Relatório Fiscal (fls. 731) Portanto, não há que se falar que as infrações foram presumidas. Todo o conjunto probatório é no sentido de demonstrar a conduta da Recorrente que, de qualquer modo, adquiria alumínio bruto a despeito de constar do documento fiscal que se tratava de alumínio manufaturado. Esta conclusão emerge das constatações do fisco quanto à inviabilidade de ser produzido o alumínio manufaturado pela empresa do Rio de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Janeiro, reforçada pelas respostas à notificação do fisco, especialmente, às fls. 80, quando esclarece a destinação dada aos produtos adquiridos. Também as conclusões do Relatório, às fls. 92 e 93 são relevantes para compreender as irregularidades apontadas.

Fortalece o trabalho fiscal as conclusões decorrentes das verificações realizadas pela DEAT-AFE – Assistência de Fiscalização Especial, deixando claro como operava o mercado secundário de alumínio, conforme se extrai dos Relatórios acostados, especialmente a partir de fls.86, já citado.

Também não socorre a Recorrente a alegação de boa-fé, eis que a tese do STJ aplica-se apenas aos casos em que se deu apuração de inidoneidade documental, em momento posterior ao das operações. No caso examinado, o documento contém vícios decorrentes da incorreta classificação da mercadoria, de maneira deliberada e circunstância de todo conhecida da autuada. Também da constatação da simulação das operações, uma vez que a fiscalização apurou que os produtos não saíram do Rio de Janeiro.

A despeito dos argumentos da Recorrente, não podem ser desconsideradas as informações obtidas, lícitamente, pelo fisco, junto às empresas que são responsáveis pelos sistemas de cobrança automática de pedágios, entre elas a VIA FÁCIL. Ficou demonstrado que não houve a realização do percurso previsto para as mercadorias, caso tivessem saído do Rio de Janeiro com destino a São Paulo.No mesmo sentido as constatações de irregularidades junto à Transportadora Itaquaquecetuba (fls. 88). Neste ponto, esclareço que é irrelevante o fato de que a autuada informe que não realizava o transporte das mercadorias, só realizava aquisições com “entrega CIF-fábrica” (fls. 82).

Por fim, invoca a seu favor a existência de comprovantes de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pagamento, o que demonstraria a efetividade das operações. Como já mencionado, a imprestabilidade dos documentos fiscais que acobertaram as operações, diz respeito à circunstância da simulação das operações e não à existência ou não do suposto emitente. Portanto, não aproveita a Recorrente esta argumentação.

Demais disso, a D. Representação Fiscal, analisando tais comprovantes enfatiza que sequer “foram juntados extratos bancários que comprovem que os valores constantes nos comprovantes de pagamentos de fato saíram da conta bancária da HISPEX...” Acrescenta que “há diversos comprovantes de pagamento em nome de terceiros alheios à relação jurídica, sem a juntada de nenhum contrato de cessão de direitos de crédito que os embase (em nome de Kobold Fidc, Atlanta Fide, Multi Recebiveis II, FIDC Empirica Sifra Premium e outros.” (fls. 1048/1049).

Destarte, houve reconhecimento de que a relação comercial em questão foi simulada, o que impede o aproveitamento dos créditos de ICMS, vez que não restou demonstrada a ocorrência da transação comercial nos moldes em que descritos nas notas fiscais, não subsistindo, portanto, a alegação de boa-fé objetiva nos fatos descritos nos autos, o que justifica a manutenção do AIIM.

Em caso parelho, também envolvendo a referida “Operação Alumínio”, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu que “*não tem plausibilidade o argumento, especialmente em se considerando que, como afirmado acima, no relatório final da Operação Alumínio, instaurado contra a pessoa jurídica Alpha Galvano Química Brasileira Ltda., consta a ocorrência de simulação em suas operações. Por isso, cabia à recorrente, na condição de autora, demonstrar o fato constitutivo do seu direito, i.e., o de que a Alpha tinha sim condições de industrializar o aço, e não apenas contrariar as alegações do AIIM. Não se está utilizando fato futuro para provar fato pretérito, pois o*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

AIIM não gera presunção absoluta quanto ao seu conteúdo, mas apenas relativa. É dizer, tivesse a autora comprovado a capacidade industrial da Alpha, seria, em tese, o caso de desconstituição do AIIM. Todavia, como dito, não se desincumbiu a recorrente do seu ônus.” (AREsp n. 1.705.203, Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 08/09/2020.)

Não se ignora que, determinada a realização de perícia contábil (fls. 1566-1589), concluiu-se que “podemos apurar que houve a movimentação de mercadorias com compras e vendas o que enseja que a empresa realmente comercializa o material produzido com a matéria-prima comprada da empresa RBA Reciclagem Indústria de Alumínio e Metais Ltda,” contudo, como já decidido por este E. Tribunal, em julgamento de processo que também envolvia a citada “operação alumínio” e a empresa “RBA Reciclagem e Indústria de Alumínio e Metais Ltda.”:

“ainda que os registros das notas fiscais estejam regulares nos livros da autora e que tenha havido o pagamento dos valores que nelas constavam, a questão é que a autora não logrou comprovar que as notas fiscais descreveram a compra e venda em sua exatidão, uma vez que a empresa RBA Reciclagem e Indústria De Alumínio e Metais Ltda. não possuía estrutura para produzir a mercadoria na quantidade mencionada nas transações.

(...) Prevalece, portanto, a presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos, que só poderia ser ilidida por prova inequívoca, a cargo da autora, o que não ocorreu.” (Apelação Cível 1015473-65.2017.8.26.0114; Rel. Des. JARBAS GOMES, 11ª Câmara de Direito Público, j. 08/08/2022).

Nessas condições, não há como se sustentar a efetividade das operações mercantis, circunstância que, por si só, arreda a afirmada boa-fé nas supostas operações entre a requerente (Hisplex Tecnologia em Alumínio Eireli) e a empresa “RBA Reciclagem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e Indústria de Alumínio e Metais Ltda.”, por simulação.

Diante desse quadro, em que pese haver alguns indícios favoráveis à empresa-autora, como reconhecido na r. sentença (fl. 3765), o contorno de realidade das aquisições de mercadorias e de legalidade que se procurou dar às operações de compra, para fins de creditamento de ICMS, é, como visto, inaceitável.

Daí, ante a inexistência de prova efetiva da ocorrência das transações comerciais em análise, é impossível reconhecer a boa-fé da recorrente, mostrando-se, portanto, correta e legal a autuação.

Em julgamento de processo de minha relatoria, em que figurava como autora a mesma empresa, Hispex Tecnologia em Alumínio – EIRELI, inclusive, já decidiu esta C. Câmara:

“TRIBUTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA FUNDAMENTADO NO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS DE MERCADORIAS ACOMPANHADAS DE NOTAS FISCAIS INÁBEIS, EMITIDAS POR EMPRESA DECLARADA INIDÔNEA, POSTERIORMENTE À OPERAÇÃO. PRELIMINAR – Decadência – Inocorrência – Inteligência do art. 173, inciso I, do CTN – Precedentes – Rejeição. MÉRITO – Pretensão à anulação do AIIM – Necessidade da comprovação da boa-fé – Entendimento firmado em recurso repetitivo pelo C. STJ – Inexistência de prova mínima do transporte das mercadorias – Ausência de comprovação da efetividade das operações mercantis, junto à empresa apontada como vendedora – Multa que deve ser reduzida, porém, a 100% do valor do tributo – Inconstitucionalidade dos juros com base na Lei Estadual nº 13.918/09, porquanto superiores à taxa SELIC (Tema nº 1.062/STF). – Apelo parcialmente provido.” (Apelação Cível 1005946-84.2016.8.26.0224, j. 13/11/2019)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Prosseguindo, mantida a autuação, passa-se a decidir a respeito da multa e do índice de juros moratórios, com fundamento no artigo 1.013, § 2º, do Código de Processo Civil.

A multa foi aplicada com base no artigo 85, inciso II, alínea “c”, da Lei Estadual nº 6.374/89, *in verbis*:

“Artigo 85 - O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:

I - ...

[...]

II - infrações relativas ao crédito do imposto:

[...]

c) crédito do imposto, decorrente de entrada de mercadoria no estabelecimento ou de aquisição de sua propriedade ou, ainda, de serviço tornado, acompanhado de documento que não atenda às condições previstas no item 3 do § 1º do artigo 36 - multa equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor indicado no documento como o da operação ou prestação, sem prejuízo do recolhimento da importância creditada;”

Como se vê, resulta em 35% (fl. 36) do valor da operação, montante que se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mostra excessivo por superar o tributo devido.

Portanto, impõe-se a redução da multa para 100% do valor do imposto exigido, consoante a jurisprudência do Pretório Excelso:

“Quanto à multa aplicada, o acórdão recorrido consignou que se trata de multa punitiva e está alinhada com a jurisprudência desta Corte no sentido da abusividade da multa punitiva caso arbitrada acima do montante de 100% (cem por cento) do valor do tributo.”
(ARE 949147 AGR / RS, Relator Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, j. 21.06.2016)

A propósito, nesse sentido, o entendimento desta Colenda 13ª Câmara de Direito Público, em caso assemelhado, a exemplo da Apelação Cível nº 1009263-55.2015.8.26.0053, Relator Desembargador BORELLI THOMAZ, j. 15.02.2017.

Nem se diga da necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário, porquanto desnecessária em se tratando de entendimento consolidado do Pretório Excelso, como se dá na espécie.

Sobre o tema:

“A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.” (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 748.257-SERGIPE, 2ª Turma, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 06.08.2013)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apontou-se, na oportunidade, a decisão do Plenário pela limitação da multa a 100% do valor do tributo, e concluiu-se pela desnecessidade de observância da aludida cláusula de reserva do de plenário:

“Por oportuno, vale ainda destacar trecho de recente julgamento do Plenário desta Corte que bem elucida o tema:

'A propósito, o Tribunal Pleno desta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI-MC 1075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2006 e da ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.10.2000, entendeu abusivas multas moratórias que superam o percentual de 100% (...)’ (RE 582.461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Desse modo, evidenciada a existência de entendimento consolidado nesta Corte sobre o tema em análise, não há falar em ofensa ao art. 97 da Lei Maior. Ademais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, “(...) não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes” (AI 607.616- AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa).”

Já, quanto aos juros, o pedido inicial é parcialmente procedente, pois o artigo 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, na redação conferida pela Lei Estadual nº 13.918/09, prevê os juros de mora incidentes sobre os débitos fiscais de forma abusiva, em total desrespeito à razoabilidade e proporcionalidade que impedem a natureza confiscatória do tributo.

Confira-se, *in verbis*:

“Artigo 96 - O montante do imposto ou da multa, aplicada nos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

termos do artigo 85 desta lei, fica sujeito a juros de mora, que incidem:

I - relativamente ao imposto:

a) a partir do dia seguinte ao do vencimento, caso se trate de imposto declarado ou transcrito pelo fisco nos termos dos artigos 56 e 58 desta lei, de parcela devida por contribuinte enquadrado no regime de estimativa e de imposto exigido em auto de infração, nas hipóteses das alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “i”, “j” e “l” do inciso I do artigo 85 desta lei;

b) a partir do dia seguinte ao último do período abrangido pelo levantamento, caso se trate de imposto exigido em auto de infração na hipótese da alínea “a” do inciso I do artigo 85 desta lei;

c) a partir do mês em que, desconsiderada a importância creditada, o saldo tornar-se devedor, caso se trate de imposto exigido em auto de infração, nas hipóteses das alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “h”, “i” e “j” do inciso II do artigo 85 desta lei;

d) a partir do dia seguinte àquele em que ocorra a falta de pagamento, nas demais hipóteses;
II - relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 85 desta lei, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.

§ 1º - A taxa de juros de mora será de 0,13% (treze décimos por cento) ao dia.

§ 2º - O valor dos juros deve ser fixado e exigido na data do pagamento do débito fiscal, incluindo-se esse dia.

§ 3º - Na hipótese de auto de infração, pode o regulamento dispor que a fixação do valor dos juros se faça em mais de um momento.

§ 4º - Os juros de mora previstos no § 1º deste artigo, poderão ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

reduzidos por ato do Secretário da Fazenda, observando-se como parâmetro as taxas médias pré-fixadas das operações de crédito com recursos livres divulgadas pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º - Em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente”.

Note-se que a taxa de juros de mora incidente sobre débitos tributários de ICMS foi fixada em 0,13% ao dia, que resulta na incidência de juros no patamar de 3,9% ao mês e 46,8% ao ano.

A matéria já foi apreciada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, em 27.02.2013, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, Relator Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI, que reconheceu a inconstitucionalidade da interpretação dada pelo Fisco Estadual à Lei 13.918/09, e decidiu que a aplicação de taxa de juros sobre o imposto não deve exceder à SELIC. Isto porque, considerando a competência concorrente para legislar sobre a matéria (ar. 24, I, da CF), cabe à União editar normas gerais e aos Estados suplementá-las no âmbito local. Segue ementa:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Arts. 85 e % da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 - Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC - Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário - Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF - §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas - STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907- 4/SP e ADI nº 442) - CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, "se a lei não dispuser de modo diverso"- Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF - Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual - Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções - Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sede de tributação agir imoderadamente - Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 - Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2o) - Procedência parcial da arguição”.

Nesse sentido, aliás, registre-se, o A. Supremo Tribunal Federal firmou, mais recentemente, em 30.08.2019, no julgamento de Recurso Extraordinário em que se discutia, à luz dos arts. 5º, inciso II; 24; 100 e 155, inciso II, da CF, a constitucionalidade da aplicação da taxa de juros de mora estabelecida pela Lei nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei nº 13.918/09, ambas do Estado de São Paulo, sobre tributos e multas pagos em atraso ou que tenham sido objeto de parcelamento em percentual superior ao estabelecido pela União, a seguinte tese: “*Os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins.*” (Tema de Repercussão Geral nº 1.062 – destaque nosso).

Com isso, impõe-se a parcial procedência do pedido inicial, para limitar a multa punitiva ao valor do tributo devido e arredar a incidência dos juros de mora com base na Lei Estadual nº 13.918/09, no que ultrapassar a taxa SELIC.

Em consequência, tendo em vista a sucumbência recíproca das partes, necessária a alteração da distribuição dos ônus de sucumbência, arcando a empresa-autora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

com o pagamento de metade das despesas processuais e a FESP com o reembolso em favor daquela da outra metade. Quanto aos honorários advocatícios, do mesmo modo, as duas partes arcarão com o pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte contrária, cuja fixação se dará, em relação à empresa-autora, com base no valor do débito remanescente, e, em relação à FESP, com base no proveito econômico auferido pela empresa-autora (diferença entre o valor original e o valor após adequação dos juros de mora e multa), cujos percentuais serão fixados na fase de execução (art. 85, § 4º, inciso II, do CPC).

Em razão da alteração da distribuição dos ônus da sucumbência e da postergação da fixação para a fase de liquidação, resta prejudicado o apelo da empresa-autora, porquanto buscava, apenas, a alteração do percentual fixado pela r. sentença, a título de honorários advocatícios, em seu favor.

Para efeito de prequestionamento, cumpre assinalar terem sido apreciadas todas as questões invocadas e não ter havido violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Observa-se, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da FESP, para julgar parcialmente procedente o pedido, mantendo a autuação fiscal, reduzindo a multa para 100% do valor do imposto exigido e arredando os juros superiores à taxa SELIC, e PREJUDICADO o apelo da empresa-autora, como acima constou.

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator