

**ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – AIIM, REFERENTE SUPOSTO CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS.**

No presente feito busca a aplicabilidade da INEXIGIBILIDADE DA DO AUTO INFRAÇÃO em razão da declaração inidoneidade da empresa foi declarada posterior ao negócio realizado, convertida na legislação:

- a. Artigo 136 do CTN,
- b. Artigo 37 da Constituição Federal;
- c. Súmula 509 do STJ:
- d. Artigo 108, IV e Artigo 112, ambos do CTN
- e. Artigo 22 - "A", da Lei Estadual 6.374/89, combinado com o artigo 174 da Constituição Federal.

Posicionamento atual do Supremo Tribunal de Justiça, pacificando, assim, a questão da natureza jurídica:

**A jurisprudência (REsp 176.270/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 04.06.2001)." (AgRg no REsp nº 290.227/MG v.u. Rel. Min. FRANCIULLI):**

AGRAVO REGIMENTAL.RECURSOESPECIAL.  
TRIBUTÁRIO.ICMS. COMPENSAÇÃO LASTREADA EM  
NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS.VENDEDOR DE BOA-FÉ.

ALEGADA OFENSA AOS ARTIGOS 165 C/C O 458, II E III, 535, II, TODOS DO CPC, BEM COMO AOS ARTIGOS 136 E 150 DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA.

Ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de

questos, como se laudo pericial fosse. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a res in iudicium ducta. Dessa forma, não foram violados os artigos 165, 458, II e III, bem como 535, II, do CPC. Notocante à alegada violação dos artigos 136 e 150 do CTN, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual "as operações realizadas com empresa posteriormente declarada inidônea pelo Fisco devem ser consideradas válidas, não se podendo penalizar a empresa adquirente que agiu de boa-fé" (REsp 176.270/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 04.06.2001). Agravo regimental improvido. (AgRg. no REsp. 290.227, DJ 6.2.2006, p. 232).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria guerreada na presente lide:

### **1. O artigo 136 do Código Tributário Nacional estatui:**

"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."

O artigo suscitado alicerçado na responsabilidade objetiva pura não se sustenta ante o temperamento que impõe como decorrência do seu próprio texto: "**responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente**", atribui relevância jurídica ao elemento subjetivo no caso concreto que depende da existência de dolo ou culpa por parte da Empresa Compradora Requerente.

Inaplicabilidade do artigo 136 do CTN face a Empresa Compradora Requerente, pelo fato de ser pessoal de boa-fé e se aplicar ao agente infrator, ou seja, ao contribuinte que emitiu irregularmente o documento fiscal. Nesse ponto, porém, a própria natureza da responsabilidade por infrações do artigo 136 do CTN, se objetiva (não cabendo conjecturas sobre as condições pessoais do sujeito passivo, se houve ou não intenção de lesar o Fisco) ou subjetiva (culpa presumida, própria da responsabilidade subjetiva, que, a despeito de não demandar prova da intenção do agente para configuração do dolo, não significa que não se pode provar a culpa para excluir a responsabilidade).

### **2. Artigo 37 da Constituição Federal;**

Dispõe o artigo 37 da Constituição Federal:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Entre o período compreendido da operação comercial, o a Empresa Compradora Requerente mantinha operação comercial com a empresa considerada idônea. Por falta dos princípios de legalidade, publicidade e de eficiência, a Empresa Compradora Requerente desconhecia o Processo em tramitação de Idoneidade movida contra a Empresa Fornecedora, que teve a sua inscrição estadual declarada nula no cadastro da SEFAZ no dia correspondente ao ano 2020, entretanto, com efeitos retroativos a partir do dia do ano 2015, motivo pelo qual o Fisco entendeu que a Empresa Compradora Requerente deve responder solidariamente pelo recolhimento do ICMS, nos termos do art. 11, I, "c", do RICMS/2000.

A Empresa Fornecedora possuía inscrição estadual válida à época da operação comercial o dia do ano 2020, a mesma não tinha sofrido a sansão total prevista no artigo 87 da Lei 8.666/93 proferida pela Decisão Judicial em 2020 pela **inidoneidade fiscal com retroatividade desde 2015**.

Esse esclarecimento, reconhece se a regularidade da operação mercantil, através de:

- a) Inidoneidade da empresa seja declarada judicialmente posterior ao negócio realizado e
- b) Comprovada de forma cabal e efetiva a realização do negócio mercantil.

O c. STJ, por meio de julgamento de recurso repetitivo, pacificou o entendimento que a declaração de inidoneidade opera efeitos *ex nunc*, analogia temos:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE:

SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover *medidas* administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

2. No caso, está *reconhecido* que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes.

3. Mandado de segurança *denegado*, prejudicado o agravo regimental. MS 14002 / DF; MANDADO DE SEGURANÇA; 2008/0267371-4; Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124); DJe. 06/11/2009

Esse dispositivo, demonstra que até mesmo a Administração Pública admite a responsabilização subjetiva nas suas relações, afastando a responsabilidade objetiva absoluta do Estado. Não fosse assim, o Estado responderia sempre e o agente público faltoso ficaria sempre impune.

Na presente lide, a Empresa Compradora Requerente carrou provas documentais com a inicial, que demonstra claramente que de fato realizou a transação, e que as mercadorias foram adquiridas de empresa que à época era idônea. Há prova robusta da efetiva transação, conforme notas fiscais e comprovante de depósito bancário.

Diante da documentação acostada, tem-se, portanto, que a Empresa Compradora Requerente agiu com as cautelas devidas. Assim, recebeu notas fiscais emitidas pela fornecedora, com destaque. Para conferir o original, acesse o site do imposto. Comprovou os respectivos pagamentos e os créditos foram registrados nos livros de entrada de ICMS. A inidoneidade declarada pelo poder público não poderia ter eficácia retroativa para atingir o autor que seria terceiro de boa-fé.

A jurisprudência sobre o tema desta C. Câmara e do STJ:

A inidoneidade de documento fiscal só pode ser presumida após a declaração da inidoneidade da empresa pelo Fisco e de

sua publicação em comunicado oficial A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual não se pode penalizar a empresa adquirente que agiu de boa-fé - Se demonstrada a efetividade da operação, o documento fiscal é de ser tido por idôneo Recurso improvido. Apelação nº 0253827-30.2009.8.26.000 - Relator Castilho Barbosa -1ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo data:07/08/2012.

Isto porque prevalece no C. STJ e nesta C. Corte, o entendimento de que é **impossível a retroação dos efeitos de declaração de inidoneidade de pessoa jurídica em prejuízo de terceiros comprovadamente de boa fé**, não prejudicando o crédito de ICMS decorrente de operações anteriores à dita declaração.

#### JURISPRUDÊNCIA:

Nesse sentido, o entendimento externado pelo E. 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, 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 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” (STJ, REsp nº 1148444/MG, Relator Luiz Fux j. 14.04.2010) negritei

II Apelação / Reexame Necessário nº 1001149-68.2015.8.26.0299 - Jandira - VOTO Nº 6/13

### 3. Súmula 509 do STJ:

Face a boa-fé, a Súmula 509 do STJ, traz em seu texto:

"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."

Essa súmula tomou como base alguns precedentes, dentre eles o recurso especial representativo de controvérsia REsp 1.148.444/MG, assim ementado:

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, 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 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/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14-4-2010, DJe de 27-4-2010).

### **3. Artigo 108, IV e Artigo 112, ambos do CTN,**

Dispõem:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;



IV - a eqüidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da eqüidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Vale destacar as seguintes decisões do STJ:

“I — Apesar da norma tributária expressamente revelar ser objetiva a responsabilidade do contribuinte ao cometer um ilícito fiscal (artigo 136 do CTN), sua hermenêutica admite temperamentos, tendo em vista que os artigos 108, IV e 112 do CTN permitem a aplicação da eqüidade e a interpretação da Lei Tributária segundo o princípio do *in dúbio* pro contribuinte. Precedente: REsp 494.080/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 16/11/2004.

II — *In casu*, o Colegiado a *quo*, além de expressamente haver reconhecido a boa-fé do contribuinte, sinalizou a inexistência de qualquer dano ao Erário ou mesmo de intenção de o provocar, perfazendo-se, assim, suporte fático-jurídico suficiente a se fazerem aplicar os temperamentos de interpretação da norma tributária antes referidos. (RESP 699.700).

TRIBUTÁRIO.ICMS.MAQUINÁRIO.ENVIOPARA DEMONSTRAÇÃO.SIMULAÇÃO.COMPRAEVENDA.FRAUDENÃO COMPROVADA.Na hipótese em que os aspectos fáticos não nos permitam concluir pela ocorrência da simulação-operação de compra e venda como se fosse envio de maquinário para demonstração-, deve se proceder à interpretação em favor do acusado, em respeito ao princípio da estrita legalidade, bem como o datipicidade rigorosa, que orienta o Direito Tributário, nos termos do normado art. 112 do CTN. Assim, padecede ilegalidade a conduta do fisco ao desclassificar nota fiscal ao argumentar de que a realizada compra e venda travestida de envio de

equipamentoparademonstração,quandonãohouvercomprovaçã  
odaalegadafraude.(TJMG-  
ApCível/ReexNecessário1.0024.07.569005-  
7/001,Relator(a):Des.(a)AntônioSérvulo,6ªCÂMARACÍVEL,julga  
mentoem07/06/2011,publicaçãodasúmulaem01/07/2011)

**5. Artigo 22 - “A”, da Lei Estadual 6.374/89, combinado com o artigo 174 da Constituição Federal.**

A Empresa Compradora Requerente agiu de boa-fé. Em caso como o presente, há que ser observado o princípio da boa-fé, não podendo ter eficácia contra terceiros de boa-fé atos jurídicos – como a emissão de notas fiscais por empresa considerada inidônea posteriormente, pois a este falta o poder de polícia para fiscalizar todos os contribuintes. Embora a atividade de investigação de idoneidade de empresas é exclusiva dos agentes da requerida, conforme alicerçada no artigo 174 da Constituição Federal:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado

A Empresa Compradora Requerente pela boa-fé. Ao contrário do sustentado pela ré, não tinha a mesma obrigação de investigar a fundo a situação da fornecedora, não se podendo delegar ao contribuinte substituto a exigência de se ter o tributo recolhido, exercendo atividade fiscalizatória do próprio Estado.

A obrigação a Empresa Compradora Requerente de fazer, foi cumprida com seus requisitos a prudência comercial, norteadas pelo artigo 22-“A”, da Lei Estadual 6.374/89, como segue:

- Artigo 22-A, "caput", com redação dada pela Lei número 12.294, de 06/03/2006.

**Parágrafo único** - A obrigação instituída neste artigo também se aplica à pessoa que promover intermediação comercial, que deverá comprovar a regularidade fiscal das pessoas jurídicas que forem parte do negócio por ela intermediado. (NR)

- Parágrafo único acrescentado pela Lei número 13.918, de 22/12/2009.

Na época, quando se deram as compras das mercadorias, o fornecedor estava legalmente habilitado, sendo que, houve a emissão do documento fiscal, vez que no caso concreto, o despacho do delegado regional tributário que declara a nulidade de inscrição da Empresa Fornecedora Asó foi publicado em 2020, após a emissão das notas fiscais em comento (2015/2019), de modo que não havia como a Empresa Compradora Requerente saber da situação irregular daquela empresa, mormente porque quando efetuou busca sobre a situação fiscal da Empresa Fornecedora, esta se encontrava regular: Essa matéria já foi tratada no STJ:

“INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. Alegação de que o presente tema demanda dilação probatória. Descabimento. Desnecessária a dilação probatória, pois os documentos apresentados bastam para formar o convencimento do magistrado. Preliminar rejeitada. TRIBUTÁRIO. ICMS. Pretensão de anular Auto de Infração e Imposição de Multa decorrente de operações realizadas com empresa declarada inidônea. Possibilidade. Adquirente de boa-fé. Comprovação da realização das operações mercantis. Desconhecimento do ato declaratório de inidoneidade. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal. Procedência da ação. Sentença mantida. Reexame necessário e recurso voluntário improvidos. (Apelação 1016633-33.2014.8.26.0114; Relator(a): Claudio Augusto Pedrassi; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/02/2016; Data de registro: 18/02/2016)”. Grifos nossos.

“LANÇAMENTO FISCAL C.C. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - Autuação

decorrente de negócios realizados com empresa declarada inidônea posteriormente. O que importa considerar é se as transações foram efetivamente realizadas com empresa inscrita na repartição pública e se existe amparo documental, de conformidade com os princípios norteadores da "teoria da aparência" Fatos que ocorreram anteriormente à declaração de inidoneidade pelo Fisco - Precedentes do E. TJSP e do STJ Súmula 509 do STJ Honorários advocatícios razoavelmente arbitrados Sentença mantida. Recursos voluntários e reexame necessário não providos. (Apelação 0036714- 77.2012.8.26.0053; Relator(a): Oscild de Lima Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/01/2016; Data de registro: 30/01/2016)”. Grifos nossos.

“APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO DE ICMS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE NOTAS FISCAIS. A declaração de inidoneidade ocorreu anos após a realização das transações mercantis. A prova documental produzida reúne elementos suficientes para convencer acerca da veracidade das alegações contidas na causa de pedir. Prova inequívoca da

existência de transações mercantis subjacentes. Emissão de cheques para pagamento das mercadorias, com os respectivos extratos bancários e registro no livro de entrada ao tempo da emissão das notas fiscais. Boa-fé demonstrada. Inexistência de infração tributária. Inaplicabilidade da regra do artigo 136 do CTN. Aplicação da Súmula 509 do STJ. Procedência do pedido mediato. Manutenção da sentença. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E REJEITADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação 0000743-07.2014.8.26.0588; Relator(a): José Maria Câmara Junior; Comarca: São José do Rio Pardo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/10/2015; Data de registro: 15/10/2015).”

#### “APELAÇÃO EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ICMS NOTAS FISCAIS

DECLARADAS INIDÔNEAS O recebimento e transporte de mercadorias tributadas (bebidas) relativo à operação comercial efetivamente realizada antes da declaração de idoneidade da nota fiscal, decorrente de comprovação de simulação da existência do estabelecimento do emitente, não constitui infração tributária passível de ensejar a lavratura de AIIM Presunção de boa-fé do contribuinte Inteligência da Súmula nº 509 do Colendo superior Tribunal de Justiça Anulação do ato administrativo ora impugnado Sentença de improcedência reformada para julgar procedente a demanda TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo Apelação nº 1000929-76.2015.8.26.0103 -Voto nº 486 8 Inversão dos ônus sucumbenciais Recurso provido. (Apelação 0052482- 18.2007.8.26.0506; Relator(a): Paulo Barcellos Gatti; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 28/09/2015; Data de registro: 06/10/2015).” Grifos nossos.

“Mandado de Segurança Anulação de Auto de Infração e Imposição de Multa Aquisição de mercadorias de fornecedor declarado inidôneo pelo Fisco Creditamento devido de ICMS Compete ao contribuinte de boa-fé que comprovou a efetiva realização do negócio mercantil o aproveitamento dos créditos de ICMS de nota fiscal posteriormente declarada inidônea farta prova documentar dos negócios feitos e dos pagamentos reforma da denegação da ordem rogada que se impõe Inteligência da Súmula n.º 509 do C. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. (Apelação 0037376-23.2010.8.26.0114, rel. José Luiz Germano, j. 21/10/2014).” Grifos nossos.

“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. Boa-fé que se presume. Recurso e reexame necessário desprovidos. (Apelação nº 1001358-46.2014.8.26.0566, rel. Des. Borelli Thomaz, j. 03/09/2014).”

Assim continuando a decisão do STJ através do

juízo do Recurso Especial 1.148.444/MG, delimitou o que é o adquirente de boa-fé, assim temos:

Naquela ocasião, o STJ concluiu que a boa-fé do adquirente da mercadoria poderia ser identificada quando: **(i) houvesse comprovação de veracidade das operações (e.g. mediante apresentação de cópias do livro de registro de entradas e comprovantes dos pagamentos efetuados à empresa declarada inidônea, principalmente); (ii) a declaração de inidoneidade, que só produz efeitos a partir de sua publicação, fosse posterior às operações questionadas; e (iii) houvesse comprovação de que o contribuinte exigiu, no momento da celebração do negócio jurídico, a documentação pertinente à assunção da regularidade da empresa vendedora.**

destacou que:

No voto do relator Excelso Ministro Luiz Fux, este inclusive

***“In causa 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 destaque de ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f.35/162). (…)”***

***“Nada obstante, a jurisprudência das Turmas de Direito Público é no sentido de que o comerciante que adquire mercadorias, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) tenha sido, posteriormente declarada inidônea, é considerado terceiro de boa-fé, o que autoriza o aproveitamento do crédito de ICMS pelo princípio da não-cumulatividade desde que demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada (em observância ao disposto no artigo 136 do CTN), sendo certo que o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação.”***

***Grifos nossos.***

No mesmo voto, ainda proferiu o excelentíssimo Ministro:

***“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”. Grifos nossos.**

Por ocasião do presente recurso, o qual foi reconhecido como recurso representativos de controvérsias, sendo que, o seu julgamento culminou na Súmula 509 do STJ, o qual reconhece o direito a crédito pelo contribuinte de boa-fé, a qual tem a seguinte redação:

***“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”.***

A tese do STJ em recurso repetitivo, o julgamento será feito pelo rito do artigo 1036 do NCP:

Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

Assim, todos os demais processos sobre o mesmo tema, que tiveram o andamento suspenso nos tribunais de segunda instância desde o destaque deste recurso para julgamento na 1ª seção, devem ser resolvidos com a aplicação do entendimento exposto pelo STJ.

José Roberto Augusto Corrêa

Contador, Administrador de Empresa e Bacharel de Direito