



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE PIRASSUNUNGA
FORO DE PIRASSUNUNGA
2ª VARA
RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 70, Pirassununga - SP - CEP 13631-062
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0005313-75.2013.8.26.0457**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação**
 Requerente: _____
 Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Milton Gomes Baptista Ribeiro**

Vistos.

Trata-se de AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL, com pedido de antecipação da tutela, proposta por _____ em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Aduziu a Autora, na inicial, ter sido excluída do Sistema Simples Nacional de tributação, de forma retroativa à 01/07/2007, no bojo da operação “Tecla Mágica”, levando-a a adoção do sistema do lucro presumido, que lhe permitiria creditamento de ICMS.

Em seguida, teria sido lavrado auto de infração e imposição de multa-AIIM por (1) ter omitido a saída de mercadorias do estabelecimento, com sonegação de ICMS de maio de 2007 a maio de 2008, bem como por (2) ter utilizado programa aplicativo que registrava as saídas sem a emissão de nota fiscal.

A título de dívida principal foi lançado crédito tributário no importe de R\$ 278.828,01, acrescido de multa de 80% e dos juros moratórios, a exigir pagamento do valor total de R\$ 826.745,72.

Sustentou a inobservância do princípio da não-cumulatividade com a cobrança do ICMS de forma retroativa, sem considerar os valores de ICMS a recuperar.

Argumentou que a autuação não se valeu dos meios legais para a presunção da omissão de receitas, tal como postos no art. 509-A do RICMS/SP, porque efetuada sem análise contábil ou financeira, em especial sobre o livro caixa, sendo que essas provas não teriam sido consideradas no procedimento administrativo.

Apontou a insuficiência da apuração administrativa baseada em presunções e o cerceamento de defesa porque não teria sido intimada a prestar informações e apresentar os documentos contábeis.

Acrescentou haver substituição tributária progressiva, de forma que a varejista não teria a obrigação tributária de recolher o imposto já recolhido pelo fornecedor, após sua exclusão do Simples Nacional, sob pena de bis in idem.

No que toca à multa, alegou a exorbitância da cobrança incidente sobre entradas,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE PIRASSUNUNGA
FORO DE PIRASSUNUNGA
2ª VARA
RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 70, Pirassununga - SP - CEP 13631-062
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

saídas e operações não sujeitas à tributação ou sujeitas à tributação por substituição, com efeito confiscatório.

Pediu a anulação do lançamento tributário e juntou os documentos de fls. 56/251.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido às fls. 253.

Em face da decisão de indeferimento, houve a interposição de agravo de instrumento, que teve seguimento negado (fls. 732). Em face da negativa de seguimento, foram interpostos agravos regimentais, improvidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 800). Após, foram interpostos Recursos Especial e Extraordinário com pedido de efeito suspensivo, ambos inadmitidos (fls. 869/872).

Citada, a Fazenda Estadual apresentou contestação às fls. 328/353.

Esclareceu ter realizado a operação “tecla mágica” para a apuração de fraudes tributárias mediante a utilização de programa aplicativo “frente de loja”, no caso da Autora denominado “Farmais” e derivado do aplicativo Sevenshop, que teria sido desenvolvido para inibir o emissor de cupom fiscal e possibilitar o registro da venda no computador, meio de contabilidade paralela do contribuinte.

Declinou que a Autora foi notificada a exhibir os livros e documentos fiscais que comprovassem o declarado, constatando-se omissão na escrituração de vendas em comparação com o aplicativo “Farmais” copiado *in loco*.

Diante da falta de emissão dos documentos fiscais quando da saída de mercadorias é que a autora teria sido excluída do sistema Simples Nacional de tributação e, somente depois, autuada conforme as regras do regime geral de tributação, com a regularidade do procedimento administrativo.

Acrescentou a desnecessidade de perícia, porque a sonegação não foi objeto da escrituração contábil e porque a apuração do imposto não-cumulativo desconsidera os estoques do contribuinte. Defendeu a inocorrência de cerceamento de defesa no procedimento administrativo envolvendo a autora.

Acerca da multa punitiva, defendeu a legalidade do seu percentual, com previsão no art. 9º do RICMS (Decreto Estadual nº 45.490/00) e na Lei Estadual nº 6.374/89. Finalmente, pediu a improcedência do pedido autoral. Também juntou os documentos de fls. 357/428.

Após a réplica (fls. 430/436) deferiu-se a realização perícia contábil. O primeiro laudo produzido, encartado às fls. 572/585, foi desconsiderado pelo juízo. Novo laudo pericial foi produzido às fls. 948/962. Sobre o laudo, as partes apresentaram suas manifestações. O perito apresentou esclarecimentos (fls. 1940/1958).

É o relatório. Fundamento e decido.

A pretensão autoral merece ser parcialmente acolhida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE PIRASSUNUNGA
FORO DE PIRASSUNUNGA
2ª VARA
RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 70, Pirassununga - SP - CEP 13631-062
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Como se infere da causa de pedir e do pedido, pretende a autora que se reconheça a invalidade do débito de ICMS apurado após sua exclusão do Sistema Simples Nacional, pois, tendo sido enquadrada novamente no regime geral de tributação (lucro presumido), por força do princípio da não-cumulatividade, haveria crédito em seu favor a ser considerado pela Fazenda quando da autuação.

Não se discute nesta demanda, portanto, a legalidade do descredenciamento da autora do regime especial de tributação, até porque tal questão já foi dirimida em sede própria.

Tendo a autora sido excluída do Simples, o imposto haveria de ter sido calculado de acordo com as regras do regime geral de tributação, qual seja, o do lucro presumido, com estrita observância do princípio da não cumulatividade, tal como previsto pelo artigo 155, parágrafo 2º, I, da Constituição Federal e pelo artigo 36 da Lei nº 6.374/89.

Releva notar, a esse respeito, que a não-cumulatividade nada mais é do que o direito do contribuinte creditar-se do valor recolhido, a título de imposto, nas operações anteriores relativas ao mesmo produto, mercadoria ou serviço.

O tributo não-cumulativo, nesse passo, incide sobre o valor total da operação, e não somente sobre o valor agregado. É esse o sistema estabelecido pela nossa Carta Constitucional, configurado através de uma compensação entre valores. Discorrendo sobre o assunto, José Eduardo Soares de Melo e Luiz Francisco Lipo prelecionam com máxima clareza:

“(…) Em síntese, podemos dizer que o termo 'compensação', constante do art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição Federal, não possui o mesmo sentido que lhe é dado pelos outros institutos citados. Para os termos específicos da não-cumulatividade, quando a norma constitucional se utiliza do signo 'compensação', reporta-se, de um lado, ao dever jurídico a que se submete o contribuinte de apurar o montante do imposto a pagar mediante o confronto entre as importâncias do tributo oriundas das suas operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transportes e comunicações, em certo período, com quantias do mesmo tributo oriundas de todas as operações anteriores realizadas por produtores, industriais, comerciantes, importadores e prestadores de serviços, que foram objeto de suas aquisições nesse mesmo período, e, de outro lado, a impossibilidade do sujeito ativo de opor qualquer restrição ao crédito levado a efeito pelo contribuinte. (...)” (A NÃO-CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA, 2ª edição, Ed. Dialética, 2004, p. 131, grifei).

Logo, por força do princípio da não-cumulatividade a compensação constitui direito assegurado ao contribuinte, como bem obtempera Roque Antonio Carrazza:

“a dicção constitucional 'compensando-se o que for devido (...)’ confere, de modo direto, ao sujeito passivo do ICMS o direito de abatimento, oponível, “ipso facto”, ao Poder Público no caso de este agir de modo inconstitucional, seja na instituição (providência legislativa), seja na cobrança (atividade administrativa) do tributo.” (“ICMS”, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, grifei).

No mesmo sentido, confira-se a lição de Paulo de Barros Carvalho:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE PIRASSUNUNGA
FORO DE PIRASSUNUNGA
2ª VARA
RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 70, Pirassununga - SP - CEP 13631-062
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

“O primado da não-cumulatividade é uma determinação constitucional que deve ser cumprida, assim por aqueles que dela se beneficiam, como pelos próprios agentes da Administração Pública. E tanto é verdade, que a prática reiterada pela aplicação cotidiana do plexo de normas relativas ao ICMS e ao IPI consagra a obrigatoriedade do funcionário, encarregado de apurar a quantia devida pelo “contribuinte”, de considerar-lhe os créditos, ainda que contra sua vontade.” (“A RegraMatriz do ICM”, inédita, 1981, grifei).

No caso em questão, o direito à compensação não foi observado pela Fazenda. Conforme auto de infração ora questionado, apontou a Fazenda a existência de um débito de ICMS no valor de R\$ 278.828,01. Atestou a perícia contábil que a fiscalização fazendária, ao impor o auto de infração, não deduziu os créditos de ICMS que a autora possuía.

Elucidou o laudo pericial a existência de saldo de ICMS não quitado pela autora no valor de R\$ 30.048,46, valor correspondente a aproximadamente 11% da dívida cobrada pela Fazenda no auto de infração.

No período entre maio de 2007 e maio de 2008 a autora efetivamente deixou de recolher ICMS aos cofres públicos. Mas o valor elucidado na perícia (R\$ 30.048,46) é muito inferior ao valor cobrado pela Fazenda (R\$ 278.828,01), sendo excessivo o auto de infração ora impugnado.

Por oportuno, cabe citar alguns esclarecimentos do laudo pericial:

“Assim, o ponto controverso, que necessita ser respondido, no presente caso, é se 'a fiscalização, ao apontar as vendas pelo Sistema Farmais, tratadas pela fiscalização como hipótese de sonegação fiscal, deduziu ou não os créditos que certamente vieram embutidos nas compras'. A resposta para esta questão é NÃO. A Fiscalização ao impor o AIIM não procedeu ao creditamento dos tributos inerentes às compras” (fls. 1.942).

“Na 'Coluna I' estão elencadas as diferenças entre os valores devidos de ICMS da Coluna G e os créditos que apurei e registrei na Coluna H, totalizando assim, com valor eventualmente sonegado pela requerente a importância de R\$ 30.048,46” (fls. 1.948/1.949).

“A escrituração fiscal do período de 05/2007 a 05/2008 com base do Regime Periódico de Apuração NÃO OBEDECEU de forma completa à legislação da época para levantamento dos débitos e créditos do ICMS” (fls. 1.953).

“O valor do imposto eventualmente sonegado pela requerente no período periciado está inserido na Coluna 'I' da Tabela 4 supra, que apontou a importância de R\$ 30.048,46” (fls. 1.957).

“NÃO, o lançamento tributário resultante da autuação NÃO REFLETE o montante a ser considerado pelo sistema da não cumulatividade” (fls. 1.958).

Conforme laudo pericial, a Fazenda não respeitou o princípio da não cumulatividade. Deixou de reconhecer e compensar créditos em favor da autora, gerando auto de infração distorcido, que apontou valor de dívida muito superior à realidade.

Ressalta-se, por oportuno, que deixou a Fazenda de apresentar, como lhe



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE PIRASSUNUNGA
FORO DE PIRASSUNUNGA
2ª VARA
RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 70, Pirassununga - SP - CEP 13631-062
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

competia, parecer divergente por assistente de sua confiança, devendo por isso prevalecer integralmente o laudo pericial produzido nos autos.

Não há como prevalecer, ao menos no que toca ao valor do débito de ICMS, a presunção de legitimidade do ato administrativo, porquanto elidida pela prova pericial realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Como corolário lógico, é inexigível o valor do imposto apurado pela Fazenda no auto de infração ora impugnado. Se há valor devido pela autora, tal quantia é de aproximadamente 11% do auto de infração, conforme atestou o laudo técnico.

Em caso similar ao ora analisado, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou (apelação/reexame necessário 0003370-23.2013.8.26.0457 - Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 31/03/2015):

“EMENTA: RECURSO VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e REEXAME NECESSÁRIO - Ação anulatória com tutela antecipada Comércio varejista de produtos farmacêuticos (fls. 59) AIIM nº 3.155.530, no valor de R\$ 290.849,59 (fls. 73/74) - Operações realizadas entre outubro de 2006 a maio de 2008, com saldo credor de R\$ 32.958,24 em favor da empresa apelada Laudo pericial técnico contábil (fls. 738/748) Sentença que julgou procedente a ação, mantida Recurso voluntário da FESP e reexame necessário, improvidos”.

“A simples irregularidade na utilização do referido aplicativo, conquanto suficiente para a exclusão da autora do Simples, não se mostra bastante para evidenciar, por si só, a exigibilidade do imposto apurado pela requerida”.

“Isto porque, tendo a autora sido excluída do Simples, o imposto haveria de ter sido calculado, no período a que se refere a autuação, de acordo com as regras do regime geral de tributação, qual seja, o do lucro presumido, com estrita observância do princípio da não-cumulatividade, tal como previsto pelo artigo 155, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal e pelo artigo 36 da Lei nº 6.374/89”.

“Desta feita, a não-cumulatividade nada mais é do que o direito do contribuinte creditar-se do valor recolhido, a título de imposto, nas operações anteriores relativas ao mesmo produto, mercadoria ou serviço. O tributo não-cumulativo, nesse passo, incide sobre o valor total da operação, e não somente sobre o valor agregado. É esse o sistema estabelecido pela Constituição Federal, configurado através de uma compensação entre valores”.

“Assim, por força do princípio da não-cumulatividade a compensação constitui direito assegurado ao contribuinte”.

Logo, a pretensão deduzida merece ser parcialmente acolhida. A autuação fiscal surgiu mediante ato administrativo equivocado, que imputou débito de ICMS muito superior ao efetivamente existente. Deixou de observar direito da autora, de ter compensados seus créditos de ICMS existentes até então.

Elucida-se, por oportuno, que o auto de infração não se ressentir de qualquer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE PIRASSUNUNGA
FORO DE PIRASSUNUNGA
2ª VARA
RUA JOSÉ BONIFÁCIO, 70, Pirassununga - SP - CEP 13631-062
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

nulidade no que toca à multa imposta pela utilização do programa aplicativo Farmais em desacordo com a legislação de regência. Conforme atestado pelo laudo pericial, houve efetivamente sonegação de imposto, mas não no valor apontado pela Fazenda no auto de infração.

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão autoral para reconhecer a inexigibilidade do débito de ICMS apurado pela requerida e da respectiva multa aplicada à autora pela falta de recolhimento do imposto, declarando, nesse particular, insubsistente o auto de infração 3.148.885-7 (copiado a fls. 63/64).

Em razão da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Após o decurso do prazo para a eventual apresentação de recursos voluntários, subam os autos ao E. Tribunal de Justiça, Seção de Direito Público, para o reexame necessário.

P.R.I.C.

Pirassununga, 09 de fevereiro de 2017.

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