



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1014341-43.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Crédito Tributário**
 Requerente: **Neusa Aparecida Carneiro Simões Combustivel**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal, com pedido de tutela provisória de urgência, proposta por Neusa Aparecida Carneiro Simões Combustivel, em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, sob o fundamento de que, mesmo tendo cumprido a a legislação em vigor, a ré lavrou o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4060789-6 ao considerar, equivocadamente, que houve creditamento indevido do ICMS no montante de R\$ 37.061,70, relativo à entrada de diversas mercadorias, usadas na reforma e manutenção do seu estabelecimento, pois não atenderia às condições previstas no item 3, § 1º, do artigo 59 do Decreto 45.490/00, assim como considerou, indevidamente, a inidoneidade da documentação fiscal da aquisição de mercadorias no importe de R\$ 205.898,36, mesmo havendo regularidade nas operações de aquisições das mercadorias e estando presentes todos os requisitos que demonstram a sua idoneidade e boa-fé. Pugna pela anulação do débito fiscal e, caso exista algum valor a ser pago, que a multa seja fixada em 20%, bem como a utilização da taxa Selic.

A inicial veio instruída com Procuração (fl. 27) e documentos às fls. 28-154.

Houve o indeferimento da antecipação da tutela (fls. 162-163), decisão da qual a autora interpôs embargos de declaração (fls. 165-172), os quais foram rejeitados (fl. 173), além de agravo de instrumento (fls. 177-207), ao qual foi negado provimento na segunda instância.

A FESP apresentou contestação (fls. 212-234), na qual sustenta, em resumo: em preliminar, a ocorrência de litispendência, em razão da parte autora ter ajuizado ação anulatória, tendo como fundamento o AIIM nº 4060789-6, CDA's, sustação de protestos e o caráter confiscatório da multa punitiva; no mérito, alega que a empresa emitente de notas fiscais, de fato, jamais existiu, além da inexistência de boa-fé, visto que não foram apresentadas notas fiscais do transporte das mercadorias, bem como a legalidade da multa e juros moratórios aplicados.

Houve réplica (fls. 305-316).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I, do CPC, eis que não há necessidade de produção de outras provas.

É o caso de se reconhecer a litispendência parcial, conforme se fará no dispositivo, pois parte do pedido destes autos está contido, também, do processo número 1006252-94.2016.8.26.0566, no que pertine ao questionamento da sistemática de composição dos juros e da multa moratória. Como referida ação já foi julgada, não é possível a reunião de ambas, mas se justifica a extinção do pedido já analisado.

No mérito, o pedido não merece acolhida, quanto à possibilidade de creditamento do ICMS.

A parte autora foi autuada, conforme o AIIM nº 4.060.789-6, por infringência ao artigo 203 do Decreto 45.490/00, isto é, por operações mercantis, realizadas em abril e junho de 2013, envolvendo *notas frias*, emitidas por empresa que, conforme diligência feita por agentes fiscais, nunca exerceu atividades no local indicado ao Fisco.

A idoneidade da documentação tem como pressuposto a regularidade da empresa emitente perante o Fisco, mediante prova a cargo do contribuinte. Cumpre ressaltar que, para legitimar o aproveitamento do crédito de ICMS, compete ao contratante checar a regularidade cadastral daquele com quem se pretende contratar, bem como demonstrar a autenticidade do negócio jurídico realizado.

No caso em análise, a documentação carreada aos autos não evidencia a efetiva ocorrência das operações mercantis que deram azo ao creditamento do imposto, visto que não constam comprovantes de negociação, do efetivo pagamento pela adquirente das operações mercantis glosadas, assim como a regular inscrição do parceiro comercial, a publicação oficial da inidoneidade da empresa, além da entrega e o transporte do material até a empresa autora. Dessa forma, em face da precariedade da comprovação, deve persistir a presunção de legalidade do ato administrativo.

Em casos semelhantes, este Egrégio Tribunal decidiu na mesma senda, como retrata ementa proferida na Apelação nº 1046453-86.2014.8.26.0053:

APELAÇÃO – ICMS – Anulatória de Auto de Infração – Conjunto probatório não demonstrou a efetiva realização do negócio jurídico. Empresa inidônea. Não comprovação da boa-fé por parte da apelante, situação que impede o reconhecimento do creditamento do ICMS pela contribuinte - Trabalho fiscal idôneo a demonstrar a exigibilidade do crédito. Precedentes jurisprudenciais do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

STJ e TJ/SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(Relator(a): Mônica Serrano; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 22/11/2016; Data de registro: 02/12/2016)

Frise-se, ainda, que o fato, por si só, das notas fiscais em análise serem eletrônicas não lhes garante imediata autenticidade. Basta a simples leitura da Portaria CAT nº 162/08, art. 10, §§ 1º e 2º, para verificar que a emissão de nota fiscal eletrônica (NF-e) não é garantia da idoneidade de documentos, tampouco da ocorrência de operações¹.

Sendo assim, sopesadas as provas produzidas pelas partes, devem preponderar os elementos de convicção apresentados pela autoridade tributária, os quais atestam a irregularidade das operações.

Ante o exposto, julgo o processo, com resolução do mérito e **IMPROCEDENTE** o pedido relativo à anulação do AIIM nº 4060789-6, ficando obstado o creditamento pleiteado.

Por outro lado, quanto ao pedido de recálculo dos juros e redução da multa, constante do item "e" da inicial, determino a extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, V, do CPC.

Condeno a autora a arcar com as custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

P.I.

São Carlos, 25 de janeiro de 2017.

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

¹ Art. 10 - Considera-se emitida a NF-e no momento em que for concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e.

§ 1º - A Autorização de Uso da NF-e concedida pela Secretaria da Fazenda não implica validação das informações contidas na NF-e.

§ 2º - Ainda que formalmente regular, não será considerado documento fiscal idôneo a NF-e que tiver sido emitida ou utilizada com dolo, fraude, simulação ou erro que implique, mesmo que a terceiro, o não-pagamento do imposto ou qualquer outra vantagem indevida.