

**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: **1008061-90.2014.8.26.0566**Classe - Assunto **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**Requerente: **ENGENHARIA E COMÉRCIO BANDEIRANTES LTDA.**Requerido: **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Carlos Eduardo Montes Netto**

Vistos.

ENGENHARIA E COMÉRCIO BANDEIRANTES LTDA ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de débito fiscal em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, requerendo, em razão dos fatos descritos na inicial, a procedência do pedido para que seja declarada a insubsistência do crédito tributário consubstanciado no Processo Administrativo nº 13712-683668/2011 (AIIM nº 3.155.338-2). Subsidiariamente, requer sejam reconhecidos os créditos do imposto estadual nas aquisições de insumos correlatos, bem como seja procedido o recálculo do AIIM mediante o real custo do CBUQ, nos moldes a serem apurados em perícia judicial, reconhecendo-se ainda o erro de capitulação da multa aplicada, com sua consequente anulação ou a aplicabilidade do artigo 527-A do RICMS e o afastamento da taxa de juros moratórios, bem como a redução da multa, impedindo-se a incidência de juros moratórios sobre a multa fixada e anulando-se os débitos tributários, bem como a condenação da ré nas verbas de sucumbência. Juntou documentos.

A liminar foi deferida as fls. 728/735.

Citada, a ré contestou as fls. 751/802, alegando matéria preliminar e refutando os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, pugnando, ao fim, pela improcedência. Juntou documentos.

Houve réplica (fls. 986/1018).

É o RELATÓRIO.**Passo à FUNDAMENTAÇÃO e DECIDO.**



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

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

Inicialmente, afasto a alegação de litispendência com o mandado de segurança n. 1011178-76.2014.8.26.0053, da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em razão da ausência da tríple identidade entre as ações ordinária e mandamental, bastando para essa conclusão a simples leitura das petições iniciais (fls. 01/51 e 928/937).

Nesse sentido:

"Ação ordinária – Servidor público municipal – Demissão – Discussão sobre a legalidade do ato demissório – Mandado de segurança impetrado anteriormente sob o fundamento de nulidade do procedimento administrativo por quebra do principio hierárquico na composição da Comissão Processante – Sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, por motivo de litispendência – Inadmissibilidade – Inexistência de tríple identidade entre as ações ordinária e mandamental – Necessidade de produção de provas - Provimento do recurso, para a desconstituição da r. sentença, com o regular prosseguimento da ação em primeira instância." (TJSP - Apelação 0005169-57.2010.8.26.0441, Relator(a): Osvaldo Magalhães, Comarca: Peruíbe, Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 01/08/2016, Data de registro: 05/08/2016)

A exceção de incompetência foi decidida no apenso, onde foi afirmada a competência deste Juízo.

No mais, os pedidos são parcialmente procedentes.

Pretende a autora a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, consubstanciado no AIIM nº 3.155.338-2, pois a autoridade tributária teria considerado a emissão e escrituração de notas fiscais com erro na aplicação da alíquota incidente nas operações praticadas nos anos de 2008 e 2009 (itens 1 e 2 do AIIM) e o não recolhimento de ICMS e ausência de emissão de notas fiscais nos anos de 2008 a 2010 (itens 3 e 4 do AIIM). Sustenta a autoridade fiscal que as infrações descritas nos itens 1 e 2 do AIIM referem-se a operações de remessa de materiais pela autora à Prefeitura Municipal de Bataguassu, localizada no Estado do Mato Grosso do Sul, para as quais foi utilizada alíquota interestadual aplicável, e não a alíquota (18%), que seria correta e que os itens 3 e 4 do AIIM dizem respeito a remessas de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ) de estabelecimento filial da autora para o seu estabelecimento matriz, com entrega diretamente na obra executada por este último estabelecimento para imediata aplicação e consequente produção/finalização do CBUQ.

O STF, no AI 131.941-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, fixou


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

entendimento de que "o simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM", porquanto "o emprego [pelo constituinte] da expressão 'operações', bem como a designação do imposto, no que consagrado o vocábulo 'mercadoria', são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil".

Não adotou a Corte Constitucional, portanto, a concepção física de circulação, e sim a jurídica, isto é, deslocamento inserido em contexto mercantil ou assemelhado.

A orientação vem sendo reafirmada naquela corte: (AI 618947 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ªT, j. 02/03/2010; RE 267599 AgR-ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ªT, j. 06/04/2010; ARE 824167 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, 2ªT, j. 26/08/2014; ARE 746349 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, 2ªT, j. 16/09/2014).

O STJ, corte responsável pela uniformização na interpretação da lei federal, seguiu em inúmeros precedentes a mesma linha de pensamento, e inclusive sumulou a matéria especificamente controvertida nos autos, através do Enunciado nº 166, *in verbis*: "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."

O posicionamento foi afirmado, ainda, em acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC: REsp 1125133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ªS, j. 25/08/2010.

O raciocínio empreendido pela Fazenda para afirmar a não submissão do caso à súmula do tribunal superior constitui jogo de palavras, esforço argumentativo para acrescentar às teses administrativas, que embasam verdadeiramente a atuação fiscal, alegações novas, artificiais, para serem utilizadas perante o judiciário.

A transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não é fato gerador de ICMS, o que constitui fundamento suficiente para o acolhimento da pretensão da parte autora em relação aos itens 3 e 4 do AIIM.

Por outro lado, com relação aos itens "1" e "2" do auto de infração, conforme bem destacado na decisão de fls. 728/735, a operação diz respeito à venda de CBUQ ao município de Bataguassu – MS e, nesta hipótese, o Município não seria contribuinte do ICMS, fazendo incidir o disposto no artigo 155, VII, "b", da Constituição Federal, sendo o caso de se aplicar a alíquota interna.

No que se refere aos juros que incidem sobre o crédito tributário já se decidiu:


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

"Ação anulatória de CDA. Inconstitucionalidade dos juros aplicados com base na Lei 13.918/09. Utilização da taxa Selic. Cálculo que deve observar o decidido pelo Órgão Especial na arguição de inconstitucionalidade n. 0170909-61.2012.216.0000. Reconhecimento de nulidade parcial que não atinge parte incontroversa do título. Limitação dos juros à taxa aplicada pela União, na atualidade a SELIC, sem suspensão da exigibilidade da CDA. Recurso não provido." (TJSP - Apelação n. 1040708-28.2014.8.26.0053, Relator(a): Antonio Celso Aguilar, Cortez, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 01/08/2016, Data de registro: 11/08/2016)

A multa não é confiscatória, nos termos da jurisprudência, quando inferior a 100% do valor da tributação.

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO Anulatória – ICMS – AIIM – Nulidade – Inexistência – Multa – Confisco – Impossibilidade: – A ampla defesa e o devido processo legal não justificam a realização de provas inúteis ou protelatórias. – Válido o auto de infração que preenche os requisitos legais. – É aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Todavia, segundo os critérios firmados no Supremo Tribunal Federal, não é confiscatória multa inferior a 100% do valor da tributação." (TJSP - Apelação n. 0000375-86.2012.8.26.0549, Relator(a): Teresa Ramos Marques, Comarca: Santa Rosa de Viterbo, Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 01/08/2016, Data de registro: 11/08/2016)

Por fim, confirmo a incidência dos juros moratórios sobre a multa fixada, por considerá-la parte integrante do débito tributário.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, confirmando-se a tutela antecipada em relação aos itens 3 e 4, com a anulação do crédito tributário constituído pelo AIIM nº 3.155.338-2 (itens 3 e 4); **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido em relação aos itens 1 e 2 do AIIM nº 3.155.338-2, apenas para afastar a aplicação dos juros com base na Lei 13.918/09 e determinar a utilização da taxa SELIC, estabelecendo como limite para a pena de multa 100% do valor da tributação, sendo improcedentes os demais pedidos. Diante do depósito realizado nos autos, mantenho a antecipação dos efeitos da tutela nesse ponto (itens 1 e 2 do AIIM nº 3.155.338-2).

Em razão da sucumbência recíproca, responderão cada uma das partes por metade das custas e despesas do processo.

Quanto aos honorários advocatícios, fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, devido por cada parte ao patrono da parte adversa, na



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

forma do artigo 85, §§ 2º, 3º, I e 14 do CPC.

P. I.

São Carlos, 15 de agosto de 2016.

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