

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL**

**AUTOS Nº 1049400-79.2015.8.26.0053**

**AUTORA: BRAKEMATIC LTDA. - EPP**

**RÉ: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por sua Procuradora que esta subscreve, nos autos em referência, vem à presença de Vossa Excelência apresentar sua **CONTESTAÇÃO** à ação que lhe move **BRAKEMATIC LTDA.**, fazendo-o com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas:

### **I. SÍNTESE DA AÇÃO**

Cuida-se de ação na qual a Autora visa à anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.018.636-2, lavrado em razão do creditamento indevido de ICMS, de notas fiscais emitidas pela empresa Vaska Ind. e Com. Ltda. (doravante denominada apenas “VASKA”)

Em síntese, alega a Autora que (i) o emitente das notas fiscais teria destacado o ICMS e o imposto teria sido recolhido; (ii) que, ao se creditar do ICMS, teria agido corretamente, não podendo ser punida pelo fato de seu fornecedor, VASKA, ter sofrido fiscalização; (iii) que a fiscalização não teria comprovado os pressupostos básicos para a constatação da ocorrência da infração; (iv) que o AIIM não teria os elementos necessário à sua compreensão; (v) que não poderia ser responsabilizado por atos ilícitos praticados por terceiros; e (vi) que seria terceiro de boa-fé.

Com base nesses argumentos, requer a anulação do AIIM e da execução fiscal correlata (autos nº 1500507-64.2015.8.26.0161), bem como a não inscrição de seu nome nos registros da Serasa e do Cadin.

Em acertada decisão de fls. 253/255, esse D. Juízo indeferiu a tutela antecipada. No despacho, V. Exa detectou exatamente o ponto crucial da demanda, de modo que a Fazenda pede vênica para transcrever:

## I

Não cabe a este Juízo determinar exclusão de registro de execução fiscal em banco de dados da SERASA, pois, se há ação, o registro é verdadeiro e não pode simplesmente ser suprimido, observado que a manutenção de dito banco de dados é lícito em si mesmo. Neste ponto, indefere-se a tutela antecipada.

## II

Também não se defere a tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito objeto do AIIM objurgado na demanda, pois **a questão não se limita meramente a saber se houve ou não operações mercantis (houve, não se negou nem na esfera administrativa), mas se elas envolveram mercadoria sujeita ou não ao diferimento de ICMS, daí que a simulação seria não propriamente sobre haver ou não operação ensejadora de apropriação de crédito, mas sobre haver ou não crédito a apropriar por força de operação que, sob diferimento, seria simplesmente inexistente.**

Logo, deveria a autora fazer prova de que recebeu mercadoria não sujeita ao diferimento e não apenas prova da realização da operação mercantil em si, prova aquela que não se tem aqui como configurada para fim de antecipação de tutela, tendo-se presente para tanto, de resto, o que restou apurado sobre própria a empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., *in verbis*:

“O que verificamos com a leitura do Relatório Fiscal (fls. 09/41) é que a conforme, destacado pelo AFR autuante, a Delegacia Regional Tributária de Guarulhos (DRT/13) efetuou minucioso trabalho na empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., resultando em um Relatório Fiscal – Operação Alumínio, que constatou a incapacidade da mesma produzir em suas instalações, alumínio em suas formas manufaturadas. (...) a Delegacia Regional Tributária de Guarulhos (DRT/13) efetuou minucioso trabalho na empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., resultando em um Relatório Fiscal – Operação Alumínio, que verificou a incapacidade da mesma produzir em suas instalações, alumínio em suas formas manufaturadas (classificação fiscal 7604 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias Sistema Harmonizado – NBM/SH). Os equipamentos industriais do Contribuinte, o processo de produção e os insumos utilizados (sucatas de alumínio), permitem tão somente a produção de fôrmas brutas, ligas e lingotes de alumínio (classificação fiscal 7601). Pelas informações obtidas no próprio site da empresa, a mesma produz lingotes de alumínio e ligas de alumínio, sempre na forma bruta, não havendo menção a outros produtos desse mesmo metal, sob outras formas de produto manufaturado, exceto a produção de Rodas de Liga Leve. Sendo assim, constatou-se que o remetente estava simulando a saída de alumínio em barras, quando, na verdade, estaria efetuando saída de alumínio em sua forma bruta. Graças

a esta incorreta descrição dos produtos vendidos, era emitida nota em operações que estariam ao abrigo do diferimento, conforme o artigo 400-D do RICMS” (fls. 213)

Eis porque, então, se concluiu que, “conforme relatório, verificamos que foi efetuado um detalhado levantamento de todos os equipamentos produtivos existentes na empresa fornecedora (Vaska), bem como de seu estoque e compras efetuadas. Somente a partir do levantamento e análise desses dados é que foi constatada a inviabilidade técnica da empresa fornecedora (Vaska) de fabricar ou comercializar alumínio na forma manufaturada” (fls. 213).

Ou como posto a fls. 214, *in verbis*:

“Senão, vejamos: Se

– A empresa fornecedora não possui capacidade técnica para produzir Alumínio manufaturado conforme confirmado pela Fiscalização *‘in loco’*;

– A empresa fornecedora não possui condições de comercializar alumínio manufaturado de terceiros conforme constatado pela Fiscalização através do levantamento dos estoques e da análise do movimento de compras da Vaska (não houve transações com alumínio manufaturado e nem possui tal mercadoria em estoque);

– A empresa fornecedora (Vaska) emitiu notas fiscais para a autuada com destaque de imposto, onde a descrição das mercadorias corresponde a alumínio manufaturado.

Então:

– A empresa fornecedora somente poderia ter enviado alumínio na forma bruta, e que por algum motivo, foi incorretamente descrito nas notas fiscais como sendo alumínio manufaturado;

– Em sendo alumínio na forma bruta, o ICMS é diferido e, portanto não pode ser destacado pelo remetente nem tampouco creditado pelo destinatário;

– Então o AIIM foi lavrado corretamente”.

E a corroborar o exposto, tem-se, ainda, a própria fundamentação expendida quando do julgamento administrativo em segundo grau, *in verbis* (...):

...Enfim, não há prova inequívoca geradora de verossimilhança à alegação da parte autora a autorizar a tutela antecipada pretendida...” (sem ênfase no original)

E como restará demonstrado, a ação deve ser julgada improcedente.

## II. PRELIMINARMENTE – A IMPOSSIBILIDADE DE DISCUTIR, NAS VIAS ORDINÁRIAS, DÉBITOS QUE JÁ SÃO OBJETO DE EXECUÇÃO FISCAL

A Fazenda do Estado destaca, primeiramente, como mencionado pela própria Autora, que o débito de que trata esta ação já foi ajuizado sob forma de execução fiscal, perante a Vara das Execuções Fiscais Estaduais da Capital, sob nº 1500507-64.2015.8.26.0014.

O questionamento judicial do débito, portanto, deveria ser feito por meio de embargos à execução, não em sede de ação anulatória.

Nesta cadência, das duas uma: ou a Autora discute suas dívidas em sede de embargos e não pode renovar ou repetir essa discussão nas vias ordinárias, ou se não o fez, resta superada, preclusa, a oportunidade de veicular seu inconformismo.

Aplica-se, à hipótese, a regra que determina o trancamento de ações anulatórias tendentes a substituir os embargos à execução, sendo oportuno salientar, acompanhando CELSO AGRÍCOLA BARBI, que pouco importa, neste particular, o nomen juris atribuído pela Autora à demanda intentada nas vias ordinárias, se declaratória, consignatória ou outro qualquer:

“Na verdade, não há nenhuma distinção entre uma e outra: a ação anulatória de débito fiscal nada mais é que uma ação declaratória negativa, em que se pleiteia o reconhecimento da inexistência de uma dívida fiscal.” (in Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 4ª edição, p. 69).

A sistemática processual de regência indica que a dívida ativa já ajuizada não pode ser discutida através de modalidade outra que não os embargos do devedor.

O art. 16 da Lei nº 6.830/80 estabelece um prazo para o oferecimento de embargos pelo devedor, meio eleito pelo legislador para propiciar ao contribuinte regular exercício do direito de defesa em relação à execução fiscal que lhe é dirigida.

Assim, não há sentido em admitir que a dívida ativa já ajuizada seja discutida em outra ação.

Em primeiro lugar, porque a hipótese inversa nos obrigaria a admitir que a fixação de um prazo, no art. 16, seria algo inócuo, pois o executado poderia, quando bem lhe aprouvesse, ir a juízo questionar a dívida ativa via ação ordinária, sem nenhuma preocupação com o prazo fixado na legislação.

Em segundo lugar, porque o art. 38 da Lei das Execuções Fiscais expressamente impõe que a discussão judicial da dívida ativa só é admissível em execução (em embargos), “*na forma desta lei*” (ou seja, obedecido o prazo do aludido art. 16), excetuadas apenas algumas hipóteses, dentre as quais a “*ação anulatória do ato declarativo da dívida*”.

Esta última expressão pode significar o ato administrativo do lançamento ou a inscrição do débito na dívida ativa. De qualquer modo, a ação anulatória, na mais permissiva das hipóteses, somente pode alcançar a dívida inscrita, mas não ajuizada.

Aforada a execução, a via adequada são os embargos do devedor.

Em terceiro lugar, a sistemática engendrada pelo legislador evita provimentos jurisdicionais conflitantes, que poderiam se suceder de admitida a coexistência dos dois tipos de ação. Assim, ou a dívida é questionada por ação anulatória (antes do ajuizamento da execução), ou através de embargos, após o ajuizamento do executivo fiscal.

A jurisprudência é farta em arestos precisamente relacionados ao tema em exame, sublinhando a inviabilidade de ações “anulatórias” dirigidas contra débitos já ajuizados. Confira-se:

“Processo – Ação anulatória de débito fiscal – Propositura anterior da execução sem embargos – Litispendência – Extinção do processo por carência – Recurso não provido, com alteração do dispositivo.

... Pelo exposto, a autora foi julgada carecedora da ação (artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil).” (Ap. nº 274.670-2, rel. Des. Jacobina Rabello, RJTJESP 179/25 – sem ênfase no original)

Portanto, a solução que melhor se afina ao direito é a extinção deste processo, sem julgamento do mérito, em face da constatação da falta de interesse de agir da Autora.

Embora visível seu interesse no provimento judicial reclamado, certo é que sua pretensão não se mostra adequada ao fim colimado, sendo uníssono, na doutrina mais atualizada e abalizada, que a adequação constitui, ao lado da necessidade, critério indispensável à apuração do interesse de agir. Exemplificativamente, oportuno recordar os ensinamentos abaixo transcritos:

“O interesse processual, portanto, é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação.” (VICENTE GRECO FILHO, in DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, 1º volume, Saraiva, 9ª edição, p. 81)

“É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

(...) Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O

provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que iniquem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é a medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.” (ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in TEORIA GERAL DO PROCESSO, Malheiros Editores, 9ª edição, p. 217/218).

Assentado que a ação adequada, escolhida como tal pelo ordenamento, para o questionamento de débitos sob execução fiscal são os respectivos embargos do devedor, resulta que inviável, por inadequada, a ação anulatória tendente à mesma finalidade.

Insiste a Fazenda, encerrando este tópico, na necessidade de manter rigorosa observância aos ditames da legislação, em atenção à segurança jurídica, sob pena de instaurar precedente que permita aos sonegadores de impostos socorrer-se das vias ordinárias sem atenção às normas e prazos estabelecidos no ordenamento, podendo fazê-lo até mesmo às vésperas do leilão designado nas execuções fiscais, após anos de árduo trabalho dos vários órgãos públicos, inclusive judiciais, envolvidos na difícil tarefa de satisfazer créditos tributários não pagos.

Por essa razão, deve a presente ação ser extinta, sem julgamento de mérito.

### **III. MÉRITO: MOTIVOS QUE JUSTIFICAM A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO**

#### **A. O AUTO DE INFRAÇÃO OBJETO DA PRESENTE AÇÃO ANULATÓRIA**

A presente ação anulatória de débito fiscal pretende a anulação do **AIIM Nº 4.018.636-2**, lavrado em decorrência das infrações abaixo especificadas:

##### **I. INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:**

1. Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 25.352,30 (...), nos meses de fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2010, conforme especificado no demonstrativo denominado “ANEXO 1”, ao escriturar no seu livre Registro de Entradas, notas fiscais referentes a operações de aquisição de mercadorias a serem utilizadas em processo de industrialização, apropriando-se do imposto destacado incorretamente

pelo emitente, sendo que a operação é diferida, conforme legislação vigente.

Em trabalho desenvolvido na empresa fornecedora “Vaska Ind. e Com. de Metais Ltda.”... constatou-se que a mesma não possui capacidade industrial para a produção de alumínio manufaturado, só em forma bruta, o que a obriga, quando da emissão de notas fiscais, em consonância com o art. 400-D do RICMS (Decr. 45.490/00), que o faça sobre o abrigio do diferimento do imposto.

Tendo em vista que, no período em que foi constatado o crédito indevido, o contribuinte apurou, em alguns meses, saldo credor de imposto, foi elaborado o “ANEXO 2”... que em conjunto com o “ANEXO 1”, determinam, para efeito do art. 565 do RICMS o valor do imposto e o momento em que incidem os juros de mora sobre o mesmo, bem como a atualização do valor básico para cálculo da multa.

INFRINGÊNCIA: Arts. 59, 430, 400-D, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. II, alínea “j” c/c §§ 1º, 9º e 10, do RICMS/00 (Dec. 45490/00)

## **B. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE JUSTIFICOU A LAVRATURA DO AIIM**

A Fazenda observa que longo debate na esfera administrativa precedeu a presente demanda. Em primeira instância administrativa, o AIIM foi julgado improcedente. Porém, em análise de recurso fazendário, o Tribunal de Impostos e Taxas reverteu essa decisão, restabelecendo integralmente as exigências fiscais do AIIM e ratificando a multa aplicada, em decisão assim ementada:

**“ICMS – I.1. Creditar-se indevidamente do ICMS, em fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2010 decorrente da escrituração de notas fiscais referentes a operações de aquisição de mercadorias a serem utilizadas em processo de industrialização, apropriando-se do imposto destacado incorretamente, tendo em vista que a operação é diferida, conforme legislação vigente. Decisão recorrida reformada. Recurso de Ofício provido, com o restabelecimento das exigências fiscais.”**

Constata-se, portanto, Meritíssimo Juiz, que não obtendo sucesso na esfera administrativa, ficando cabalmente demonstrado o acerto do auto de infração, a Autora tenta agora a sua desconstituição judicial, através da presente ação, o que evidentemente não procede, como já exaustivamente demonstrado no bojo do processo administrativo.

### C. O CONTEXTO EM QUE SE INSERE A AÇÃO – A CHAMADA “OPERAÇÃO ALUMÍNIO”

O ponto central desta ação – como, aliás, entendeu esse D. Juízo por ocasião do despacho que indeferiu a tutela antecipada – dessume-se do fato de que a Autora adotou regramento inadequado para a mercadoria adquirida de terceiro (VASKA), isto é, não observou a técnica do diferimento, conforme apurado pelo Fisco.

O diferimento do imposto nada mais é do que a transferência da responsabilidade pelo recolhimento do imposto a um terceiro, relativamente às operações anteriores.

A legislação estadual determina quais operações estão amparadas pelo diferimento do ICMS, em que etapa da operação o imposto deverá ser recolhido, quem é o responsável por tal recolhimento, entre outros aspectos relevantes.

Assim, ocorrendo a aquisição do alumínio em seu estado bruto, quebra-se o diferimento, devendo o adquirente promover o recolhimento do imposto devido na forma acima preconizada.

**No caso sob exame, como apurado em extenso e fundamentado trabalho realizado pelo Fisco, o terceiro com o qual a Autora negociou não produzia alumínio beneficiado pelo diferimento; na realidade, este terceiro produzia e vendia alumínio em sua forma bruta. Assim, quando da aquisição dessa mercadoria, quebra-se o diferimento, sendo devido o recolhimento do imposto pela adquirente no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, bem como descabida a glosa de crédito.**

Tal operação, como apurado pela fiscalização, consistia numa simulação fraudulenta com o desiderato de transferir crédito em situação vedada pela legislação tributária.

Dáí porque a aquisição registrada pela Autora em seus livros fiscais nunca existiu, ou seja, de fato, ela adquiriu mercadoria sobre a qual se quebra o diferimento, sendo, portanto, cabível o recolhimento do imposto e indevida a escrituração de qualquer crédito.

Logo, não procedem as alegações da Autora no que concerne à inexistência da infração, que foi bem capitulada pelo Fisco.

Hoje o mercado de alumínio é onde reside uma das maiores fraudes na geração de crédito de ICMS, destacando-se:

- Comerciantes de sucatas e alumínio em suas formas brutas, localizados no Estado de São Paulo;

- Comerciantes de sucatas e alumínio em suas formas brutas, localizados fora do Estado de São Paulo;
- Fundições e reciclagem;
- Indústrias de produtos derivados de alumínio;
- Adquirentes de alumínio com créditos do imposto.

O Auto de Infração e Imposição de Multa ora questionado decorreu de investigação realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo na área de produção de artefatos de metais, denominada de “**OPERAÇÃO ALUMÍNIO**”.

Na Operação Alumínio da Secretaria da Fazenda de São Paulo, a Administração Tributária paulista identificou que a existência de tratamentos tributários distintos, entre lingotes e as barras de alumínio, permitiu a obtenção de vantagens indevidas de contribuintes, seja na obtenção de créditos espúrios, seja na diminuição do preço, pela simples descrição em nota de material (insumo) lingote, comercializado, como sendo barra de alumínio.

**No caso em tela, restou inequivocadamente demonstrado que a mercadoria adquirida pela Autora foi alumínio bruto e não manufaturado, como mencionado nos documentos.**

As conclusões da Operação Alumínio basearam-se em diligências, nos exercícios de 2008 a 2010, das entradas e saídas de mercadorias e matérias-prima e no estoque da fornecedora VASKA.

**Restou demonstrado que a empresa VASKA não possuía, em seu estoque, material compatível para produção de alumínio manufaturado – NCM 76042919, descrito nas notas fiscais objeto do AIIM, nem produto manufaturado para revenda. Era proprietária, tão somente, de sucatas de alumínio, materiais que são utilizados na produção de formas brutas, ligas e lingotes (NCM 7601).**

Observou-se também, conforme Termo de Constatação de Não Produção de Alumínio Manufaturado que o setor produtivo da empresa não desenvolvia atividades capazes de transformar alumínio bruto em manufaturado: laminação, extrusão, trefilação, forjamento ou estampagem, bem como não possuía equipamentos industriais para efetuar estes processos.

Os equipamentos necessários para produção de alumínio manufaturado não faziam parte do parque industrial da empresa VASKA.

**As verificações sobre a inoccorrência de produção de alumínio manufaturado no estabelecimento fornecedor da Autora foram obtidas com diligências no local, comparando-se os materiais e os processos produtivos**

**encontrados com estudo realizado pelo Fisco do setor de alumínio, que traz os diferentes tipos de alumínio encontrados no mercado, os insumos necessários para a fabricação de cada um e os equipamentos indispensáveis para produzir alumínio manufaturado.**

De se observar que a própria VASKA publica em seu [site](#) os produtos que vende e, dentre eles **não há qualquer menção ao alumínio manufaturado**, exceto rodas de liga leve, que não são objeto do AIIM, haja vista que não fazem parte do processo produtivo da Autora, que, segundo seu CNAE, fabrica peças e acessórios para sistemas de freios de veículos automotores.

Segundo informações no [site](#), fornecidas pela própria VASKA, a mesma produz ligas de alumínio, utilizando sucata de alumínio e transforma ligas em lingotes, sempre na forma bruta.

No Cadastro de Contribuintes do ICMS – CADESP – a VASKA também está enquadrada como produtora de alumínio e suas ligas em formas primárias (CNAE 2441-5/01).

**Outro fato que corrobora o entendimento de que as mercadorias descritas nas notas-fiscais, objeto do AIIM, são alumínio bruto é o preço unitário cobrado nos documentos, próximo ao praticado no mercado para este tipo de produto e muito inferior ao cobrado pelo manufaturado.**

**Assim, verifica-se que as conclusões fiscais basearam-se nas mercadorias encontradas no estoque e no parque industrial da fornecedora da Autora, e nos preços praticados no mercado, ou seja, em fatos que comprovam a incapacidade da empresa para produção de alumínio manufaturado, produzindo apenas alumínio em suas formas brutas nas posições NCM/SH 7601 e 7602, segundo própria informação em seu site.**

Ademais, em consulta realizada no Cadastro de Contribuintes do ICMS em relação à Autora, verificou-se que a mesma é empresa especializada na produção de alumínio em formas manufaturadas, portanto utiliza alumínio bruto para obtenção de seu produto final.

**Inequívoco, portanto, que o produto adquirido pela Autora foi alumínio bruto e que as notas fiscais que acompanharam a entrada das mercadorias no estabelecimento não espelharam as operações realizadas.**

Com todas essas evidências, não há como acolher o argumento que o Fisco teria atuado com base em meras “presunções”. O procedimento fiscal está embasado em fatos e provas. A presunção, no caso em tela, foi utilizada apenas como meio indireto de prova, não inibindo a apresentação de provas por parte da Autora em sentido contrário ao fato presumido.

A todos os acontecimentos narrados soma-se o fato de que os atos administrativos possuem presunção relativa de veracidade, cabendo o ônus ao sujeito passivo para provar que a administração atuou ao arrepio da lei ou dos fatos ocorridos, e a Autora, em sua defesa, não trouxe qualquer prova de que o produto adquirido era alumínio manufaturado, dispondo apenas alegações de que não pode ser responsabilizada por atos ilícitos de terceiros. Em nenhum momento discutiu sobre a veracidade material dos documentos, ressaltando apenas que recebera as mercadorias e se creditara do imposto destacado nas notas fiscais. Tal afirmação, em conjunto com as provas juntadas, faz prova em favor do próprio Fisco.

Se a Autora incorreu em erro na eleição de seu parceiro comercial, o prejuízo daí decorrente é inerente à atividade empresarial. Não é o Erário – e indiretamente a sociedade – que deverá arcar com este ônus !

Necessário mencionar, outrossim, que a alegação da Autora quanto sua suposta boa-fé não a exime de cumprir com as obrigações principais e acessórias impostas pela legislação no art. 203 do RICMS/00 (aprovado pelo Decreto nº 45.490/00), que determina que o destinatário da mercadoria ou do serviço é obrigado a exigir documento fiscal hábil, com todos os requisitos legais, de quem o deva emitir, sempre que obrigatória a emissão, nem de trazer provas da regularidade das operações, o que não foi feito pela Autora.

Observe-se, ainda, que no caso em análise as notas fiscais não foram declaradas inidôneas, na medida em que não estavam presentes os pressupostos para a declaração de idoneidade, previstos no Roteiro 2.10 da DEAT: inexistência da empresa emissora das notas, encerramento das atividades e emissão de notas fiscais após esta data, simulação da existência da empresa, nota fiscal emitida por empresa fictícia, nota fiscal que a gráfica não reconhece nem a empresa que consta como emissora, nota extraviada ou furtada. Isso porque, no caso, a empresa VASKA efetivamente existe e as notas fiscais foram mesmo emitidas por ela.

Improcede, outrossim, a alegação da Autora de que, uma vez comprovadas sua boa-fé e a ocorrência das operações, não poderia ser penalizada por conta de uma declaração posterior de inidoneidade da empresa que vendeu as mercadorias. Como se disse, não houve declaração de inidoneidade, não sendo aplicável essa hipótese.

O que ocorreu – repita-se – é que o imposto destacado nas notas fiscais e creditado pela Autora não tem respaldo legal. O art. 400-D do RICMS/00, inciso III, dispõe que:

Artigo 400-D – O lançamento do imposto incidente nas operações internas com alumínio em formas brutas, alumínio não ligado, ligas de alumínio,

inclusive a granalha de alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, fica diferido para o momento em que ocorrer (Lei 6.374/89, art. 8º, XXIV, e item 1 do § 10, na redação da Lei 9.176/95, e 59 do Convênio de 15-12-70-SINIEF, art. 54, I e VI, na redação do Ajuste SINIEF-3/94, cláusula primeira, XII):

...

III - sua entrada em estabelecimento industrial que promova a transformação da mercadoria, em suas próprias instalações, para formas acabadas ou semiacabadas, exceto quanto às mercadorias das posições 7601 e 7602 NBM/SH.

O item 3 do mesmo inciso determina que o imposto deve ser recolhido pelo adquirente mediante escrituração no Livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Débito do Imposto – Outros Débitos”.

Assim, no caso concreto, a Autora não tem direito ao crédito, pois a legislação impõe a entrada do produto no seu estabelecimento como momento do lançamento, momento em que o imposto será cobrado, e não a saída das mercadorias do remetente e, segundo art. 59 c/c 61, ambos do RICMS, o contribuinte somente poderá compensar o imposto que foi devido em cada operação com o anteriormente cobrado, resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo da operação sujeita à cobrança do imposto destacado em documento hábil.

Ou seja: só há direito ao crédito se oriundo de operação anterior sujeita à cobrança do tributo, o que não ocorreu no caso concreto.

Correta, portanto, a autuação. Não há dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais dos fatos, nem quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade. A acusação discriminou o contribuinte, a infração, o período, os valores, os documentos referentes à acusação, os dispositivos legais infringidos e a base legal da multa. Os valores exigidos encontram-se detalhados no Demonstrativo de Débito Fiscal, parte integrante do AIIM. Portanto, todos os requisitos do art. 142 do Código Tributário Nacional foram observados, de tal forma que o ato está devidamente fundamentado e motivado.

Com relação ao princípio da não cumulatividade não pode ser alegado, por ser o direito ao crédito condicionado, não o irrestrito na norma. A Constituição Federal dispõe, em seu art. 155, § 2º, inciso I, que o imposto será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, contudo, há que se observar a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, cuja eficácia, vigência e validade são plenas.

A Lei Complementar Federal nº 87/1996, ao tratar da matéria, estabeleceu que o direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação (art. 23).

A Lei nº 6.374/89 e o seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 45.490/00 - RICMS/00, em observância ao aludido princípio constitucional, asseguram o direito ao crédito do imposto anteriormente cobrado, no entanto, esse direito está condicionado ao cumprimento de diversos requisitos, entre eles, encontramos a necessidade de que o documento fiscal seja hábil, para que seja possível o aproveitamento do crédito nele constante.

In casu, não apenas não há provas de que o imposto destacado na operação anterior tenha sido de fato cobrado, até pela apontada utilização sistemática de notas fiscais frias pelo fornecedor em suas entradas, como de fato, as notas são inábeis para acobertar as operações com a Autora, a teor do art. 59 regulamentar, sendo por isso desclassificadas com fulcro no art. 184, e assim inábeis a permitir o creditamento do imposto nelas destacado.

O caso não trata de ilegitimidade de crédito decorrente de simulação de existência de empresa. Cuida-se, sim, de serem desclassificadas as notas que a Vaska emitira para a Autora, inábeis a permitir o aproveitamento de crédito, errônea e indevidamente nelas destacado, por indicar produto diverso do efetivamente transacionado, material com tratamento tributário diverso, emitido com erro que permitiu vantagem indevida ao destinatário/adquirente.

Assim, o disposto no art. 136 CTN não pode afastar a responsabilidade da Autora.

Cabe transcrever, por fim, trecho da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Taboão da Serra, em processo n. 1002602-41.2015.8.26.0053:

“No caso sub judice, restou devidamente comprovada a legalidade da conduta do procedimento fiscal, eis que este apurou, de forma conclusiva, que o autor descumpriu as regras previstas no artigo 400-D do Regulamento do ICMS/2000, em relação às vendas de alumínio em forma bruta como se produto manufaturado fosse e utilizando-se, ainda, de crédito de ICMS.

Em que pesem os argumentos tecidos pelo autor em sua narrativa inicial, fato é que a dinâmica do ICMS, dentro da legalidade apresentada para acerto de crédito sem desembolso pressupõe inserção em regime especial e regularidade fiscal.

Pois bem. Não assiste ao autor o direito irrestrito de aproveitamento de créditos de ICMS incondicionado, apenas por acerto de conta, de sorte que, mesmo sob o prisma constitucional, não se caracteriza violação de direito quando a legislação tributária reserva ao aproveitamento condições específicas, ou atenua excepcionalmente suas próprias regras dentro de regime especial.

O que se garante na Constituição da República é a previsão de não cumulatividade e por consequência necessidade de previsão de creditamento, realidade essa que não admite exclusão dos créditos, mas de outro lado não conflita direta ou indiretamente com o regime jurídico descrito que se presta a salvaguardar a higidez da relação jurídica tributária.

Neste ínterim, verifico que a conduta adotada pelo Fisco foi legal, eis que foi pautada nas regras previstas no RICMS/SP, em relação à irregularidade do registro das vendas de alumínio em forma bruta como se produto manufaturado fosse e ainda, da utilização indevida do crédito de ICMS.

No mais, entendo pela legalidade da aplicação da multa e juros moratórios.

Trata-se de sanção punitiva e de frutos do capital, respectivamente. Aplicam-se dentro do contexto em que houve infração. Não fosse assim, a vingar a interpretação que o autor pretende, apesar da infração, nenhuma punição lhe poderia ser aplicada, o que seguramente não parece melhor interpretação.

Em segundo plano, sobre a aplicação das multas, nada há de de confiscatório ou excessivo. Isso porque é evidentemente clara na redação do artigo 150 da Constituição Federal que o princípio que limita os poderes de tributar excepciona tão somente o confisco levado a efeito pela cobrança de tributos, realidade que, conforme sedimentada doutrina e jurisprudência, não alcança os deveres instrumentais.

Dessa forma, o escopo da aplicação da multa é outro: evitar lesões ao Fisco, conforme pretendeu o autor, sendo perfeitamente cabível o percentual aplicado, razão pela qual não há falar-se em violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e tampouco em caráter confiscatório.

Nesse ínterim, entendo pela manutenção do AIIM nº 4.037.637-0, eis que se formalizou em estrita observância à legislação pertinente.”

Nada mais é preciso acrescentar para comprovar, definitivamente, a falta de fundamento da presente ação.

Requer-se a produção de todas as provas em direito permitidas, em especial o depoimento pessoal do representante legal da Autora, bem como prova pericial, documental e testemunhal.

Por todo o exposto, a Fazenda do Estado de São Paulo requer seja esta ação julgada **IMPROCEDENTE**, mantendo-se integralmente o AIIM nº 4.018.636-2, e condenando-se a Autora ao pagamento das despesas, custas processuais e honorários advocatícios.

São os termos em que pede e espera deferimento.

São Paulo, 6 de maio de 2016.

**AIRA CRISTINA RACHID BRUNO DE LIMA**

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 118.351

## SENTENÇA

Processo nº 1049400-79.2015.8.26.0053 – Procedimento Comum

Requerente: **Brakematic Ltda. – EPP**

Requerido: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Vistos.

**Brakematic Ltda. – EPP**, qualificado(a)(s) na petição inicial ou em documento(s) com ela exibido(s) [instrumento(s) de mandato], ajuizou(aram) ação de conhecimento de procedimento comum em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**, alegando que: foi autuada pela ré em virtude de creditar-se de ICMS atinente a operações mercantis que realizou com a empresa Vaska Ind. e Com. de Metais Ltda. no período de fevereiro a agosto 2010 e outubro e novembro de 2010, recebendo o auto de infração e imposição de multa o número 4.018.636-2; “as notas fiscais foram declaradas inábeis pela ré no Auto de Infração nº 4010995 lavrado contra a empresa Vaska no dia 25/09/2012, posto que em fiscalização feita pela ré tal empresa não teria capacidade industrial para a produção de ligas em barras, tendo sido as operações declaradas simuladas no auto lavrado contra a empresa Vaska, motivo pelo qual o ICMS seria diferido, não havendo que se falar em crédito do imposto”; “não pode a autora ser acometida por auto de infração lavrado contra a empresa Vaska dois anos após a efetiva relação comercial entre as empresas, não tendo qualquer razão para a retroatividade da decisão administrativa do AIIM lavrado contra a empresa Vaska”; “fez o pagamento das notas fiscais à empresa Vaska, sendo naquelas foi discriminado percentual relativo a ICMS” e “as mercadorias entraram no estabelecimento comercial da autora, conforme corroborado pelas cópias dos livros de entrada”; e, portanto, agiu de boa-fé. Pediu(ram), em consequência, seja anulado aludido AIIM. Reque-reu(ram), ainda, a antecipação dos efeitos da tutela para suspensão da exigibilidade do crédito veiculado no AIIM.

Instruiu(íram) a petição inicial com documentos.

A tutela antecipada requerida foi indeferida.

Citada, a ré ofereceu contestação, aduzindo preliminar de inadequação da demanda e, no mérito, sustento ter sido lavrado lididamente o AIIM.

Réplica foi ofertada.

É o relatório. Passo a decidir.

### I. DO JULGAMENTO ANTECIPADO

Não há questões de fato a dirimir que reclamem a produção de provas em

audiência ou de índole pericial pelo que, com base no art. 355, I, do C.P.C., passo à imediata apreciação da pretensão deduzida em juízo.

## II. DO INTERESSE DE AGIR PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Reconhece-se a presença do interesse de agir, porquanto haver, se o caso, execução fiscal não obsta o ajuizamento de ação autônoma para impugnar o crédito fiscal (a respeito e considerando a respeito que esta ação é anterior ao início de vigência do NCPC, STJ, REsp 937.416/RJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 5.6.08, DJe 16.6.08, e STJ, REsp 854.942/RJ, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 26.3.07, pág. 211, contendo a ementa deste último a seguinte colocação, de todo aqui pertinente: “se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva”).

## III. DO AIIM LAVRADO

A ação cuida do auto de infração e imposição de multa (AIIM) lavrado sob o n. 4.018.636-2 conforme as seguintes razões:

“I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R\$ 25.352,30 (...), nos meses de fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2010, conforme especificado no demonstrativo denominado ‘ANEXO 1’, ao escriturar no seu livre Registro de Entradas, notas fiscais referentes a operações de aquisição de mercadorias a serem utilizadas em processo de industrialização, apropriando-se do imposto destacado incorretamente pelo emitente, sendo que a operação é diferida, conforme legislação vigente.

Em trabalho desenvolvido na empresa fornecedora Vaska Ind. e Com. de Metais Ltda. constatou-se que a mesma não possui capacidade industrial para a produção de alumínio manufaturado, só em forma bruta, o que a obriga, quando da emissão de notas fiscais, em consonância com o art. 400-D do RICMS (Decr. 45.490/00), que o faça sobre o abrigio do diferimento do imposto.

Tendo em vista que no período em que foi constatado o crédito indevido, o contribuinte apurou, em alguns meses, saldo credor de imposto, foi

elaborado o ANEXO 2 que em conjunto com o ANEXO 1, determinam, para efeito do art. 565 do RICMS o valor do imposto e o momento em que incidem os juros de mora sobre o mesmo, bem como a atualização do valor básico para cálculo da multa.

INFRINGÊNCIA: Arts. 59, 430, 400-D, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. I, alínea 'j' c/c §§ 1º, 9º e 10º, do RICMS/00 (Dec. 45490/00)".

#### IV. DA VALIDADE DO AIIM

Ora, considerando o teor do AIIM objurgado na demanda e a **despeito** da ótica **indevida** sob a qual insiste a autora em examiná-lo, fato é que a questão **não** se limita meramente a saber se houve ou não operações mercantis (**houve, não se negou nem na esfera administrativa**), mas **se** elas envolveram mercadoria sujeita ou não ao diferimento de ICMS, daí que a simulação seria **não** propriamente sobre haver ou não operação ensejadora de apropriação de crédito, **mas sobre haver ou não crédito a apropriar por força de operação que, sob diferimento, seria simplesmente inexistente.**

Logo, deveria a autora fazer prova de que recebeu mercadoria não sujeita ao diferimento e não apenas prova da realização da operação mercantil em si, prova aquela que se tem aqui como **inexistente**, tendo-se presente para tanto o que restou apurado sobre própria a empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., *in verbis*:

“O que verificamos com a leitura do Relatório Fiscal (fls. 09/41) é que conforme, destacado pelo AFR autuante, a Delegacia Regional Tributária de Guarulhos (DRT/13) efetuou minucioso trabalho na empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., resultando em um Relatório Fiscal – Operação Alumínio, que **constatou a incapacidade da mesma produzir em suas instalações alumínio em suas formas manufaturadas.** (...) a Delegacia Regional Tributária de Guarulhos (DRT/13) efetuou minucioso trabalho na empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., resultando em um Relatório Fiscal – Operação Alumínio, que verificou a incapacidade da mesma produzir em suas instalações, alumínio em suas formas manufaturadas (classificação fiscal 7604 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias Sistema Harmonizado – NBM/SH). **Os equipamentos industriais do Contribuinte, o processo de produção e os insumos utilizados (sucatas de alumínio), permitem tão somente a produção de fôrmas brutas, ligas e lingotes de alumínio (classificação fiscal 7601). Pelas informações obtidas no próprio site da empresa, a mesma produz lingotes de alumínio e ligas de alumínio, sempre na forma bruta, não havendo menção**

**a outros produtos desse mesmo metal, sob outras formas de produto manufaturado, exceto a produção de rodas de liga leve. Sendo assim, constatou-se que o remetente estava simulando a saída de alumínio em barras, quando, na verdade, estaria efetuando saída de alumínio em sua forma bruta. Graças a esta incorreta descrição dos produtos vendidos, era emitida nota fiscal com destaque do ICMS, possibilitando ao destinatário o aproveitamento de créditos em operações que estariam ao abrigo do diferimento, conforme o artigo 400-D do RICMS**” (fls. 213<sup>1</sup>).

Eis porque, então, se concluiu que, “conforme relatório, verificamos que foi efetuado um detalhado levantamento de todos os equipamentos produtivos existentes na empresa fornecedora (Vaska), bem como de seu estoque e compras efetuadas. Somente a partir do levantamento e análise desses dados é que foi constatada a inviabilidade técnica da empresa vencedora (Vaska) de fabricar ou comercializar alumínio na forma manufaturada” (fls. 213).

Ou como posto a fls. 214, *in verbis*:

“Senão, vejamos:

Se

- A empresa fornecedora não possui capacidade técnica para produzir alumínio manufaturado conforme confirmado pela fiscalização ‘in loco’;
- A empresa fornecedora não possui condições de comercializar alumínio manufaturado de terceiros conforme constatado pela fiscalização através do levantamento dos estoques e da análise do movimento de compras da Vaska (não houve transações com alumínio manufaturado e nem possui tal mercadoria em estoque);
- A empresa fornecedora (Vaska) emitiu notas fiscais para a autuada com destaque de imposto, onde a descrição das mercadorias corresponde a alumínio manufaturado.

1 “Artigo 400-D - O lançamento do imposto incidente nas operações internas com alumínio em formas brutas, alumínio não ligado, ligas de alumínio, inclusive a granalha de alumínio, e quaisquer outras mercadorias classificadas na posição 7601 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, fica diferido para o momento em que ocorrer (Lei 6.374/89, art. 8º, XXIV, e item 1 do § 10, na redação da Lei 9.176/95, e 59, Convênio de 15-12-70-SINIEF, art. 54, I e VI, na redação do Ajuste SINIEF-3/94, cláusula primeira, XII): ... III – sua entrada em estabelecimento industrial que promova a transformação da mercadoria, em suas próprias instalações, para formas acabadas ou semi-acabadas, exceto quanto às mercadorias das posições 7601 e 7602 NBM/SH. Parágrafo único - Na entrada de que trata o inciso III, deverá o estabelecimento industrial: 1. emitir nota fiscal, relativamente a cada entrada ou a cada aquisição de mercadoria, quando recebida de pessoa ou de estabelecimento não obrigados à emissão de nota fiscal; 2. escriturar a operação no livro Registro de Entradas, utilizando as colunas sob os títulos ‘ICMS – Valores Fiscais – Operações ou Prestações com Crédito do Imposto’, quando for o caso, com a expressão ‘Entradas de Alumínio da posição 7601; 3. escriturar o valor do imposto a pagar no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro ‘Débito do Imposto – Outros Débitos’, com a expressão ‘Entradas de Alumínio da posição 7601’.

Então

– A empresa fornecedora somente poderia ter enviado alumínio na forma bruta, e que por algum motivo, foi incorretamente descrito nas notas fiscais como sendo alumínio manufaturado;

**– Em sendo alumínio na forma bruta, o ICMS é diferido e, portanto não pode ser destacado pelo remetente nem tampouco creditado pelo destinatário;**

**– Então o AIIM foi lavrado corretamente”**

E a corroborar o exposto, tem-se, ainda, a própria fundamentação expendida quando do julgamento administrativo em segundo grau, *in verbis*:

“As conclusões da Operação Alumínio basearam-se em diligências, nos exercícios de 2008 a 2010, das entradas e saídas de mercadorias e matérias-primas e no estoque da Vaska Ind. e Com. de Metais Ltda. Por meio deste trabalho, verificou-se que a empresa não possuía, em seu estoque, material compatível para produção de alumínio manufaturado - NCM 76042919, descrito nas notas fiscais objeto do AIIM (fls. 44, 45, 48, 50, 52, 54, 55, 57, 59, 61), nem produto manufaturado para revenda. Era proprietária, tão somente, de sucatas de alumínio, materiais que são utilizados na produção de formas brutas, ligas e lingotes (NCM 7601).

Observou-se também, conforme Termo de Constatação de Não Produção de Alumínio Manufaturado (fls. 41) que o setor produtivo da empresa não desenvolvia atividades capazes de transformar alumínio bruto em manufaturado: laminação, extrusão, trefilação, forjamento ou estampagem, bem como não possuía equipamentos industriais para efetuar esses processos. **Os equipamentos necessários para produção de alumínio manufaturado constam nas fls. 41 e os que efetivamente faziam parte do parque industrial da Vaska Ind. e Com de Metais Ltda. nas fls. 36/40. As verificações sobre a inocorrência de produção de alumínio manufaturado no estabelecimento fornecedor da Autuada foram obtidas com diligências no local, comparandose os materiais e os processos produtivos encontrados com estudo realizado pelo Fisco do setor de alumínio, que traz os diferentes tipos de alumínio encontrados no mercado, os insumos necessários para a fabricação de cada um e os equipamentos indispensáveis para produzir alumínio manufaturado (fls. 9 a 23).**

**Verifica-se também que a própria Vaska Ind. e Com. de Metais Ltda. publica em seu site os produtos que vende e, dentre eles não há qualquer menção ao alumínio manufaturado, exceto rodas de liga leve, que não é objeto do AIIM, haja vista que não faz parte do processo produtivo da autuada que, segundo seu CNAE, fabrica peças e acessórios para sistemas de freios de veículos automotores. Segundo informações**

no site fornecidas pela própria empresa, a mesma produz ligas de alumínio, utilizando sucata de alumínio e transforma ligas em lingotes, sempre na forma bruta (fls. 24 a 35). No Cadastro de Contribuintes do ICMS CADESP também está enquadrada como produtora de alumínio e suas ligas em formas primárias (CNAE 2441-5/01).

Outro fato que corrobora o entendimento de que as mercadorias descritas nas NNF, objeto do AIIM, são alumínio bruto é o preço unitário cobrado nos documentos, próximo ao praticado no mercado para esse tipo de produto e muito inferior ao cobrado pelo manufaturado”.

Frisem-se deste excerto ora transcrito dois pontos:

(i) o preço, inferior ao cobrado de alumínio manufaturado, e

(ii) o levantamento que, embora posterior aos meses cuidados no AIIM lavrado, remete a dados coetâneos (registros contábeis) aos fatos tratados neste mesmo AIIM ou que simplesmente não poderiam ter sofrido brutal alteração (parque fabril).

Ou seja, apropriou-se a autora de crédito que não existia e nunca poderia existir porque nunca recebeu mercadoria que, quando de tal operação mercantil de compra e venda, ensejaria ou deveria ensejar recolhimento de ICMS pela empresa Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda., mas antes sujeito estava tal operação a diferimento a ser quebrado exatamente com a autora que, portanto, tinha então de pagar (e não creditar-se) do ICMS incidente nas operações anteriores.

Acolher, pois, a ação seria sacramentar verdadeira ficção senão mesmo manifesta sonegação fiscal, pois a questão aqui não é creditar-se, mas pagar imposto devido na operação.

Repita-se: não se cuida de glosa de crédito meramente, mas de imposto não pago, daí que acolher a demanda sob o prisma do raciocínio da autora seria abrir ensejo a um infundável rol de pagamentos devidos, mas não feitos a pretexto de desconhecimento do diferimento, sua quebra e obrigação de recolhimento do tributo, bastando para tanto ignorar (deliberadamente) a natureza do produto comercializado e valer-se de reles nota fiscal que, também ignorando-a (deliberadamente), destaca suposto ICMS devido na operação.

Ora, em contexto tal, boa-fé é irrelevante, supondo-a. E nem é caso de supô-la. Afinal, exigir pagamento de imposto não depende de estar o contribuinte de boa ou má-fé.

E o caso não é de crédito usado indevidamente. É de imposto não pago *tout court*.

Enfim, a ação é de manifesta improcedência, sendo incensurável o teor da contestação quando nela se lê o seguinte:

“No caso sob exame, como apurado em extenso e fundamentado trabalho realizado pelo Fisco, o terceiro com o qual a Autora negociou não produzia alumínio beneficiado pelo diferimento; na realidade, este terceiro produzia e vendia alumínio em sua forma bruta. Assim, quando da aquisição dessa mercadoria, quebra-se o diferimento, sendo devido o recolhimento do imposto pela adquirente no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento, bem como descabida a glosa de crédito.

Tal operação, como apurado pela fiscalização, consistia numa simulação fraudulenta com o desiderato de transferir crédito em situação vedada pela legislação tributária.

Daí porque a aquisição registrada pela Autora em seus livros fiscais nunca existiu, ou seja, de fato, ela adquiriu mercadoria sobre a qual se quebra o diferimento, sendo, portanto, cabível o recolhimento do imposto e indevida a escrituração de qualquer crédito.

Logo, não procedem as alegações da Autora no que concerne à inexistência da infração, que foi bem capitulada pelo Fisco.

Hoje o mercado de alumínio é onde reside uma das maiores fraudes na geração de crédito de ICMS, destacando-se:

‘Comerciantes de Sucatas e Alumínio em suas Fôrmas Brutas, localizados no Estado de São Paulo;

Comerciantes de Sucatas e Alumínio em suas Fôrmas Brutas, localizados fora do Estado de São Paulo;

Fundições e reciclagem;

Indústrias de produtos derivados de alumínio;

Adquirentes de Alumínio com Créditos do Imposto.

O Auto de Infração e Imposição de Multa ora questionado decorreu de investigação realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo na área de produção de artefatos de metais, denominada de ‘OPERAÇÃO ALUMÍNIO’.

Na Operação Alumínio da Secretaria da Fazenda de São Paulo, a

Administração Tributária paulista identificou que a existência de tratamentos tributários distintos, entre lingotes e as barras de alumínio, permitiu a obtenção de vantagens indevidas de contribuintes, seja na obtenção de créditos espúrios, seja na diminuição do preço, pela simples descrição em nota de material (insumo) lingote, comercializado, como sendo barra de alumínio.

No caso em tela, restou inequivocamente demonstrado que a mercadoria adquirida pela Autora foi alumínio bruto e não manufaturado, como mencionado nos documentos.

As conclusões da Operação Alumínio basearam-se em diligências, nos exercícios de 2008 a 2010, das entradas e saídas de mercadorias e matérias-primas no estoque da fornecedora VASKA.

Restou demonstrado que a empresa VASKA não possuía, em seu estoque, material compatível para produção de alumínio manufaturado – NCM 76042919, descrito nas notas fiscais objeto do AIM, nem produto manufaturado para revenda. Era proprietária, tão somente, de sucatas de alumínio, materiais que são utilizados na produção de formas brutas, ligas e lingotes (NCM 7601).

Observou-se também, conforme Termo de Constatação de Não Produção de Alumínio Manufaturado que o setor produtivo da empresa não desenvolvia atividades capazes de transformar alumínio bruto em manufaturado: laminação, extrusão, trefilação, forjamento ou estampagem, bem como não possuía equipamentos industriais para efetuar estes processos.

Os equipamentos necessários para produção de alumínio manufaturado não faziam parte do parque industrial da empresa VASKA.

As verificações sobre a incorrência de produção de alumínio manufaturado no estabelecimento fornecedor da Autora foram obtidas com diligências no local, comparando-se os materiais e os processos produtivos encontrados com estudo realizado pelo Fisco do setor de alumínio, que traz os diferentes tipos de alumínio encontrados no mercado, os insumos necessários para a fabricação de cada um e os equipamentos indispensáveis para produzir alumínio manufaturado.

De se observar que a própria VASKA publica em seu site os produtos que vende e, dentre eles não há qualquer menção ao alumínio manufaturado, exceto rodas de liga leve, que não são objeto do AIM, haja vista que não faz parte do processo produtivo da Autora, que, segundo seu CNAE, fabrica peças e acessórios para sistemas de freios de veículos automotores.

Segundo informações no site, fornecidas pela própria VASKA, a mesma produz ligas de alumínio, utilizando sucata de alumínio e transforma ligas em lingotes, sempre na forma bruta.

No Cadastro de Contribuintes do ICMS – CADESP a VASKA também está enquadrada como produtora de alumínio e suas ligas em formas primárias (CNAE 2441-5/01).

Outro fato que corrobora o entendimento de que as mercadorias descritas nas notas fiscais, objeto do AIM, são alumínio bruto é o preço unitário

cobrado nos documentos, próximo ao praticado no mercado para esse tipo de produto e muito inferior ao cobrado pelo manufaturado.

Assim, verifica-se que as conclusões fiscais se basearam nas mercadorias encontradas no estoque e no parque industrial da fornecedora da Autora, e nos preços praticados no mercado, ou seja, em fatos que comprovam a incapacidade da empresa para produção de alumínio manufaturado, produzindo apenas alumínio em suas formas brutas nas posições NCM/SH 7601e 7602, segundo própria informação em seu site.

Ademais, em consulta realizada no Cadastro de Contribuintes do ICMS em relação à Autora, verificou-se que a mesma é empresa especializada na produção de alumínio em fôrmas manufaturadas, portanto utiliza alumínio bruto para obtenção de seu produto final.

Inequívoco, portanto, que o produto adquirido pela Autora foi alumínio bruto e que as notas fiscais que acompanharam a entrada das mercadorias no estabelecimento não espelharam as operações realizadas.

Com todas essas evidências, não há como acolher o argumento que o Fisco teria atuado com base em meras presunções.

O procedimento fiscal está embasado em fatos e provas. A presunção, no caso em tela, foi utilizada apenas como meio indireto de prova, não inibindo a apresentação de provas por parte da Autora em sentido contrário ao fato presumido”.

## V. DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedente a ação proposta por **Brakematic Ltda. EPP** em face da **Fazenda do Estado de São Paulo**.

Pela sucumbência, pagará a autora custas e despesas além de honorários advocatícios de 10% do valor dado à ação, atualizado do ajuizamento.

P.R.I. e C..

São Paulo, 21 de julho de 2016.

**RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS**  
Juiz de Direito

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 13ª VARA  
DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO - SP**

**Ação de Desapropriação Direta**

**Autos nº 1013053-53.13.2016.8.26.0053**

**Requerente: DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA – DAEE**

**Requerido: NEIRIVALDO OLIVEIRA DE SOUZA**

○ **DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA – DAEE**, pela Procuradora que esta subscreve, em exercício na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., respeitosamente à presença de Vossa Excelência, não se conformando, *data venia*, com a r. sentença de fls., interpor o presente recurso de **APELAÇÃO**, com fulcro no artigo 1013 e seguintes do Código de Processo Civil, consubstância nas inclusas razões anexas.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 20 de março de 2017.

**ANNA LUIZA MORTARI**

Procuradora do Estado

OAB/SP 199.158

## RAZÕES DE APELAÇÃO

### Ação de Desapropriação Direta

Autos nº 1013053-53.13.2016.8.26.0053

**Requerente:** DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA - DAEE

**Requerido:** NEIRIVALDO OLIVEIRA DE SOUZA

Egrégio Tribunal,  
Colenda Turma,  
Ínclitos Julgadores,

### DO BREVE RELATO DO PROCESSADO E DA R. DECISÃO PROFERIDA

Trata-se de ação de desapropriação proposta pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica em face de Neirivaldo Oliveira de Souza com o fim de implementar a Via Parque e Ciclovia Vila Itaim, parte integrante da primeira etapa do programa Várzeas do Tietê.

Antes da citação do expropriado, o Departamento de Águas e Energia Elétrica requereu a desistência da ação em razão de posterior modificação do projeto. Conseqüentemente, requereu o levantamento dos valores depositados.

O MM. Juiz de primeiro grau proferiu a r. sentença de fls. determinou que:

*“Pelo exposto, HOMOLOGO, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a desistência manifestada pela expropriante às fls. 83 e, em consequência, JULGO EXTINTO o feito, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, com fulcro no art. 485, inciso VIII do Código de Processo Civil. Custas e despesas processuais pela expropriante, nos termos do artigo 90, caput do Código de Processo Civil. Honorários fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 3º, inciso I e § 4º, inciso III do Código de Processo Civil. DEFIRO o levantamento do valor depositado a título de honorários periciais provisórios pela sra. Jusperita (cf. fls. 54). Oficie-se ao Banco do Brasil para que encaminhe ao Juízo o extrato atualizado dos valores depositados. Com a vinda do extrato, expeça-se a competente guia de levantamento em favor da perita. Transitada em julgado, nada mais sendo requerido em cinco dias, arquivem-se com as cautelas de praxe. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.*

Inconformado, o expropriante interpôs embargos de declaração, posto que não havia que se falar em pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa atualizado, posto que o expropriado não foi citado e não apresentou contestação.

Ademais, a contestação apresentada de fls.55/65 dos autos eletrônico foi apresentada por OUTRA PESSOA QUE NÃO É O EXPROPRIADO E QUE SE-QUER COMPROVOU SER PARTE LEGÍTIMA PARA PARTICIPAR DO FEITO.

No entanto, os embargos de declaração foram rejeitados, nos seguintes termos:

“Vistos.Fls. 138/140: Cuida-se de Embargos de Declaração opostos pela Expropriante em face da sentença de fls. 135/136, a qual acolheu o pedido de desistência da ação, extinguindo o feito e fixando condenação sucumbencial em desfavor da Embargante. Aduz que haveria omissão a ser sanada, uma vez que a condenação sucumbencial é descabida, por inexistir citação do expropriado. Sustenta que a contestação apresentada nos autos foi formulada por terceiro não convocado à relação processual, o qual seria desprovido de legitimidade para ocupar o polo passivo. Recebo os presentes embargos, observada sua tempestividade. Sem razão a Embargante. De fato, embora os expropriados qualificados como proprietários do bem objeto da presente ação de desapropriação não tenham sido citados, os contestantes, os quais se qualificam como possuidores do imóvel, ainda que não tenham sido citados para compor a relação processual, foram cientificados da existência do feito, nos termos da decisão de fls. 45/46. Houve trabalho do advogado, pelo que a verba honorária lhe é devida. Por tais fundamentos, REJEITO os embargos. Intime-se.”.

Entretanto, a r. sentença deve ser reformada, como abaixo se demonstrará:

### **DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO**

A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 20.07.2016 (quinta-feira) e publicada no Diário Oficial em 21.07.2016 (sexta-feira), tendo sido apresentados Embargos de Declaração.

Em 02.02.2017 (quinta-feira) foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico a r. decisão sobre os embargos de declaração, tendo sido publicada no Diário Oficial em 03.02.2017 (sexta-feira).

Assim, em 06.02.2017 (segunda-feira) iniciou-se o prazo para apelação, que findará em 21.03.2017 (terça-feira), posto que o prazo para a autarquia estadual apelar é de 30 (trinta dias) úteis, conforme artigo 219, 183 e 1003,85º, todos do Código de Processo Civil.

Portanto, a presente apelação é tempestiva.

### **DA AUSÊNCIA DE RELAÇÃO PROCESSUAL ENTRE O EXPROPRIANTE E O POSSUIDOR. MERA CIENTIFICAÇÃO DO POSSUIDOR OFENSA AOS ARTIGOS 15 E 20 DO DECRETO LEI 3.365/41**

A desapropriação um “procedimento de direito público pelo qual o Poder Públi-

co transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.”<sup>1</sup>

A desapropriação pode ocorrer via administrativa ou via judicial e é regida pelo Decreto-lei 3.365/1941.

O artigo 16 do mencionado decreto determina que:

“Art. 16. A citação far-se-á por mandado na pessoa do proprietário dos bens; a do marido dispensa a dá mulher; a de um sócio, ou administrador, a dos demais, quando o bem pertencer à sociedade; a do administrador da coisa no caso de condomínio, exceto o de edifício de apartamento constituindo cada um propriedade autônoma, a dos demais condôminos e a do inventariante, e, se não houver, a do cônjuge, herdeiro, ou legatário, detentor da herança, a dos demais interessados, quando o bem pertencer a espólio.” (grifo nosso)

Sendo assim, apenas o proprietário do bem expropriado pode figurar como réu na ação de desapropriação.

Consequentemente, terceiro interessado no imóvel, como possuidor, deverá propor ação direta para resguardar seu direito.

Tanto é assim que o artigo 20 do Decreto-lei 3.365/41 determina que:

“Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.” (grifo nosso).

Portanto, o fato de terceiro interessado, no caso o possuidor, ter sido cientificado na existência da ação de desapropriação não o torna parte passiva da ação.

Apenas o alerta que poderá em ação própria discutir seu eventual direito.

Sua contestação na ação de desapropriação não tem qualquer validade, posto que fora dos parâmetros do artigo 20 do Decreto-lei 3.365/41.

Logo, não há que se falar em pagamento de honorários advocatícios ao possuidor contestante, pois sua contestação não tem qualquer valor jurídico, sendo o possuir pessoa estranha à lide.

Por todo o exposto, deve a r. sentença ser reformada para determinar o não pagamento de honorários advocatícios a pessoa estranha à lide.

---

1 José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, Editora Atlas, 26ª Edição, São Paulo, 2013, página 821

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Departamento de Águas e Energia Elétrica requer seja dado PROVIMENTO ao presente recurso, para reformar a r. sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau para afastar a condenação em honorários advocatícios a pessoa estranha à lide.

Requer-se, por fim, que as intimações sejam feitas, em nome da subscritora e do Procurador do Estado de São Paulo Dr. Caio Cesar Guzzardi da Silva (OAB/SP Nº 194.952).

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 20 de março de 2017.

**ANNA LUIZA MORTARI**

Procuradora do Estado

OAB/SP 199.158

**Registro: 2017.0000612846**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013053-13.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ÁGUAS E ENERGIA ELETRICA – DAEE e Interessado NEIRIVALDO OLIVEIRA DE SOUZA, são apelados LUIZ FERREIRA NUNES e LUSINETE AUGUSTA DA SILVA NUNES.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, 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 ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 16 de agosto de 2017

**SPOLADORE DOMINGUEZ**

Relator

**Voto nº 6156**

**Apelação Cível nº 1013053-13.2016.8.26.0053**

**Comarca: São Paulo**

**Apelante: Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE**

**Apelados: Luiz Ferreira Nunes e Lusinete Augusta da Silva Nunes**

**Interessado: Neirivaldo Oliveira de Souza**

**MM. Juiz: Alberto Alonso Muñoz**

*SUCUMBÊNCIA – Condenação sucumbencial da expropriante, que desistiu da ação, em favor dos possuidores – Inadmissibilidade – Possuidores não podem figurar como parte em ação expropriatória, somente como assistentes do expropriado, o que não se deu na espécie – Condenação da expropriante em favor dos possuidores arredada – Apelo provido.*

Trata-se de recurso de apelação interposto por Departamento de Águas e Energia Elétrica DAEE contra a r. sentença de fls. 135/136, que, nos autos da ação de desapropriação proposta em face de Neirivaldo Oliveira de Souza, após homologar seu pedido de desistência da ação, condenou-a ao pagamento da verba sucumbencial a favor dos possuidores, Luiz Ferreira Nunes e Lusinete Augusta da Silva Nunes, arbitrando os honorários advocatícios em 10 % do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, e § 4º, inciso II, do NCPC.

Alega, em resumo, não ser cabível a sua condenação sucumbencial em favor dos possuidores, porquanto não figuram como parte, tanto que foram, apenas, cientificados da ação, de modo que eventual irresignação poderia ser dirimida em ação própria e não por contestação. Entende que somente o proprietário do bem expropriado pode figurar como réu (fls. 154/160).

#### **Eis o breve relato.**

O apelo merece provimento.

Da leitura atenta de todo o processado, verifica-se que Luiz Ferreira Nunes e Lusinete Augusta da Silva Nunes foram cientificados, na qualidade de possuidores do imóvel que se pretendeu expropriar, a respeito da propositura desta ação de desapropriação, de modo que não figuram como parte, sendo indevido o oferecimento da contestação de fls. 55/65, na qual alegaram, de proêmio, estar pendente de regularização a situação deles em relação ao imóvel em tela.

Ademais, sabe-se que, quando muito, os possuidores poderiam figurar como assistentes do expropriado, desde que demonstrado o interesse jurídico, o que não cuidaram de requerer.

Diante desse quadro, nada lhes é devido a título de verba sucumbencial, incluídos nesta os honorários advocatícios.

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

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao apelo, para o fim de arrear a condenação sucumbencial em favor dos possuidores do imóvel que se pretendeu desapropriar, como acima constou.

**SPOLADORE DOMINGUEZ**

Relator