



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Registro: 2025.0000360422

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1022132-46.2024.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BROTO LEGAL ALIMENTOS S.A..

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Leonardo Amorim Mauricio, deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

*

RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

VOTO Nº 37061

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1022132-46.2024.8.26.0114

FORO DE ORIGEM: CAMPINAS

APELANTE(S): FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO(S): BROTO LEGAL ALIMENTOS LTDA

***AÇÃO ANULATÓRIA** – Creditamento de ICMS considerado indevido pelo Fisco – Empresa declarada inidônea após a negociação travada pelos comerciantes – Fornecedora acusada de fraude tributária milionária – Prova documental impugnada pelo Fisco – Autora que concordou com a realização de prova pericial – Questões de mérito pendentes que precisam ser esclarecidas – Deve o magistrado jungir seu ofício à busca efetiva de uma solução para o caso submetido à sua análise – Inteligência do artigo 370 do Código de Processo Civil – Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos à origem para realização de prova pericial – Apelação fazendária parcialmente provida.*

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela Fazenda Paulista contra r. sentença do digno Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas (fls 631/634), que julgou procedente ação ajuizada por Broto Legal Alimentos Ltda, com pedido de anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4149289-4.

Apelação fazendária fundada em síntese nestas teses: a) regularidade da autuação; b) presunção de legitimidade e veracidade que recai sobre os atos administrativos; c) houve creditamento indevido de ICMS de operações envolvendo a empresa Comercial de Cereais Souza Pereira - Ei-reli, a qual foi declarada inidônea; d) as provas documentais juntadas pela autora são insuficientes para comprovar a idoneidade das operações; e) há fortes indícios de que o sócio da Comercial de Cereais Souza Pereira - Ei-reli seja “laranja”; f) a diligente atuação do agente fiscal constatou cabalmente que não houve operação; g) não se trata, aqui, simplesmente de negociar com empresa declarada inidônea, mas de indícios de participação

em fraude tributária; h) reduzir consideravelmente a multa aplicada ao contribuinte é abrir espaço a reincidência da conduta ilegal, privilegiando a má-fé (fls 660/679).

Apelo respondido (fls 686/713).

É o relatório.

1- Broto Legal Alimentos Ltda acionou a Fazenda Paulista reclamando a anulação do lançamento tributário formalizado pelo AIIM nº 4149289-4. Penalidades impostas em razão de creditamento supostamente indevido de ICMS, em consequência da declaração de inidoneidade da empresa Comercial de Cereais Souza Pereira - Eireli, com quem manteve trato negocial.

Ação julgada procedente. A r. sentença deve ser anulada.

2- É fato que o artigo 23 da Lei Complementar nº 87/1996, estabelece 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*. E o artigo 136 do Código Tributário Nacional preconiza ser prescindível a aferição do ânimo do agente, para eventual responsabilização tributária: *Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato*.

Todavia, a aparência de inidoneidade e regularidade não pode, usualmente, produzir as consequências negativas pretendidas pela Fazenda Paulista, colhendo terceiros que com aparente boa-fé contrataram neste interstício com a empresa irregular – sob pena de travar e manietar o trato comercial/empresarial. Fosse assim, estaria instaurada a insegurança jurí-

dica, vez ninguém contrataria com ninguém, sob o risco de depois ter declaradas irregulares as operações. Absolutamente inviável semelhante sacrifício do bom trato nas relações sociais.

É o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, que culminou na edição da Súmula nº 509: *É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.*

Não estamos alheios, é perceptível o volume de ações símiles à presente, a maioria delas envolvendo empresas de sucatas (particularmente aparas de papel); algo de subjetivo e suspeito ocorre nesse ramo comercial, já glosado pelos vigilantes auditores fazendários. Porém o limite é a boa-fé, em seu viés objetivo, que se extrai da conduta externalizada e do cumprimento dos deveres anexos, acessórios, e no exercício do direito atendendo-se os limites impostos pelos fins sociais e econômicos. Não basta a boa-má-fé-intenção (subjetiva).

Como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo, *há deveres que excedem do próprio e estrito dever de prestação, especialmente nas obrigações negociais, mas que são com ele necessariamente anexos, unidos ou correlacionados. Larenz denomina-os “deveres de conduta”, que resultam do que as partes estipularam, ou do princípio da boa-fé, ou das circunstâncias, ou, finalmente, das exigências do tráfico, que podem afetar a conduta que de qualquer modo esteja em relação com a execução da obrigação*¹.

Assim, para reconhecimento do direito ao creditamento, é mister analisar a atuação da empresa (*rectius*: pessoa jurídica), se conforme aos preceitos mínimos de diligência, proatividade na verificação da documentação recebida, se carente de higidez necessária ou padronização legal.

¹ Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/Art_Paulolobo.doc. Acesso em: 14/07/2021.

No caso, a autora apresentou notas fiscais, comprovantes de pagamentos, registro de controle da produção e do estoque, livros contábeis, consulta do CADESP do fornecedor à época das transações, dentre outros documentos (fls 118/474).

Contudo, a prova documental foi impugnada pelo Fisco, nestes termos:

Na resposta e documentos apresentados pelo autuado em atendimento à Notificação 20/2022 observamos que:

a) Os contatos com o fornecedor foram efetuados através de um corretor. Em vários documentos internos consta a participação de uma terceira empresa: TURMALINA REPRESENTAÇÕES DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA;

b) O frete foi efetuado por pessoa física, sem dados comprováveis sobre o local dos produtos;

c) No DANFe constam dados de um suposto transportador de Santa Catarina, sem indicação de CPF/CNPJ/Inscrição Estadual (fls 667).

Essas questões foram ignoradas pela sentença.

Além disso, pesa no caso também o motivo da declaração de inidoneidade, qual seja, a simulação da existência da empresa e possível fraude tributária milionária:

- DARCI DE SOUZA PEREIRA, sócio no CADESP, é pessoa interposta, inclusive com participação em outra empresa já baixada; Sua casa é simples, em uma comunidade; Declarou renda em 2018 no valor R\$ 16.275,02, qualificando-se como funcionário público aposentado.

Tais elementos comprovam cabalmente que não possuía capacidade econômica para adquirir mercadorias no valor de R\$ 7.815.546,56.

- O volume de notas fiscais emitidas pela empresa é INCOM-

PATÍVEL com o conhecimento de transporte (Entradas de quase 8 milhões e saídas de quase 7 milhões - Conhecimentos de transporte de cerca de 30 mil reais);

- O estabelecimento nunca funcionou no endereço constante do CADESP, conforme declaração da vizinhança;

- Na diligência, não foi apresentado NENHUM comprovante de pagamento das vendas realizadas conforme consta nas notas fiscais e nem conhecimento de transporte das compras ou vendas;

Após a colheita de demais elementos, A CONCLUSÃO DO FISCO FOI A SIMULAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO ESTABELECIMENTO, OU SEJA, A INOCORRÊNCIA DAS OPERAÇÕES! Logo, constatada a inexistência material da empresa e à míngua de prova material em sentido contrário, não haveria possibilidade de a autora ter comercializado com a mesma (fls 671).

Dada a natureza da controvérsia, entendo que a instrução processual em primeiro grau foi insuficiente.

A propósito, hodiernamente, mais e mais ganha espaço a busca de mecanismos e a aplicação daqueles existentes em nosso ordenamento que consagrem a solução efetiva do litígio posto sob apreciação judicial.

Disso extraem-se premissas basilares, aqui sintetizadas em três vértices:

a) Há de existir uma resposta à questão deduzida, não podendo o magistrado eximir-se de sentenciar a pretexto de inexistir regra jurídica específica.

b) A tutela jurisdicional deve ser, na medida do possível – e para tanto, como gestor do processo, deve o magistrado conduzir diligentemente os atos processuais para este mister – uma resposta com análise do *meritum causae*, que resolva definitivamente os pontos controvertidos.

Deveras, a sentença terminativa deve configurar exceção, vez que se afigura grande frustração aos sujeitos processuais, conduzindo, no mais das vezes, à uma repetição e repropositura da demanda, sanando-se o vício que deu azo à extinção sem análise do mérito.

c) Por fim, a análise *thema decidendum* deve escorar-se em todos os esforços possíveis para que seja o mais próximo possível da ordem de eventos narrados. Assim, sobreleva destacar a importância da fase instrutória e da proatividade do magistrado na elucidação dos fatos, o que requer uma releitura do princípio dispositivo que, a ferro e fogo, pode conduzir a injustiças grotescas, deslegitimadoras da função judicial.

Justamente este tópico que merece destaque.

É dever do magistrado jungir seu ofício à busca efetiva de uma solução para o caso submetido à sua análise. Para tanto, deve utilizar dentre os instrumentos postos à sua disposição todas as provas que entenda necessárias ao deslinde das obscuridades, incertezas que tornam nebulosos os acontecimentos. E a utilização máxima dos poderes instrutórios não significa, necessariamente – e como poderia erroneamente ser imaginado – o beneficiamento de uma parte, rompendo-se a igualdade imaginada. Até porque, pelo princípio da aquisição processual, as provas produzidas não são deste ou daquele sujeito, e sim do processo, direcionadas ao juiz da causa, e podem ser usadas, inclusive, em desfavor daquele que a produziu.

Caso parem dúvidas, ou havendo indicativo robusto de que falta algo a esclarecer, pode – e deve – determinar que a prova seja produzida *ex officio*, especialmente no caso das perícias, não sendo exata a compreensão exarada acerca da distribuição estática dos ônus probatórios estabelecida no artigo 373 do Código de Processo Civil.

Juiz não é mero expectador, nem a dita paridade de armas deve granjear simpatia por um juiz ausente, *suprapartes* a pretexto de impar-

cial.

De fato, a regra processual é expressa, de hialina clareza:

Art. 370 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único - O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Ou seja, a aplicação do artigo 373 Código de Processo Civil só é possível depois de esgotados os meios de esclarecimento efetivo do fato discutido. Antes disso, sem esforço mínimo, a decisão será **injusta** e o ônus que pesará será demasiadamente excessivo.

Subsistindo a controvérsia sobre a real existência das operações comerciais, era de rigor a realização de prova pericial antes do sentenciamento.

Noto ainda que a própria autora requereu a produção de prova pericial (fls 627/630), inexistindo motivo para o julgamento antecipado do feito.

Por meu voto, dou provimento parcial à apelação fazendária. Em consequência, anulo a sentença e determino o retorno dos autos à origem para a realização de prova pericial.

FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador Relator