



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000401022

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2027103-74.2025.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BRAVO COM. ATAC. BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente) E ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

CAMARGO PEREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2027103-74.2025.8.26. 0000

Comarca: SÃO PAULO

Agravante: BRAVO COM. ATAC. E ALIMENTOS LTDA.

Agravada: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz (a) da causa: MARCELO SÉRGIO

Voto nº 31968

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA
VISANDO A ANULAÇÃO DE MULTA -
APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS
RELATIVO A NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS
INIDÔNEAS PELO FISCO.

Decisão agravada que indeferiu tutela de urgência.
Pretensão de reforma. Impossibilidade. Tanto o perigo de
dano ou do risco ao resultado útil do processo (periculum in
mora) quanto a probabilidade do direito (fumus boni juris)
ainda dependem de dilação probatória.

Hipótese em que a documentação ora juntada não tem o
condão de infirmar a presunção de veracidade do ato
administrativo. Necessidade de dilação probatória.

Decisão mantida.

Agravo de instrumento não provido.

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento
interposto por Bravo Com. Atac. Bebidas e Alimentos Ltda.,
contra decisão que, nos autos da ação ordinária, indeferiu a
tutela de urgência pleiteada.

Aduz a agravante, em síntese, que
ingressou com ação ordinária em face da Fazenda do Estado de
São Paulo, visando a anulação da multa imposta no AIIM
4.151.897-4. Argumenta a agravante, em síntese, que instruiu o
processo originário com um conjunto probatório robusto e

devidamente detalhado, que comprova tanto a regularidade das operações mercantis quanto a boa-fé em sua execução. Pugna pelo provimento do agravo bem como pela concessão da antecipação de tutela para que seja determinada a suspensão da exigibilidade do AIIM 4.151.897-4, mediante apresentação de garantia.

Processado o recurso sem a pretendida antecipação de tutela (fls. 77/82), o recurso foi respondido (fls. 90/94).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Vale lembrar que na sede deste recurso, não é possível adentrar no efetivo mérito da ação proposta, cabendo, unicamente, averiguar se estão presentes os requisitos ensejadores da tutela pretendida.

A antecipação de tutela, como o nome indica, importa no provimento do pedido – ou parte dele – de forma excepcional, que só ocorreria de ordinário, depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia, com a prolação de sentença de mérito.

Assim, para que seja deferido o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, o novo Código de Processo Civil impõe o preenchimento dos seguintes requisitos: a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e a reversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, caput e § 3º).

Pois bem.

É orientação predominante que, para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo (REsp 470.633/MG); e, para aproveitar os créditos de ICMS embutidos no valor das mercadorias que entram no seu estabelecimento, o comprador não depende da prova de que o vendedor pagou o tributo; só se exige do comprador a comprovação de que a nota fiscal corresponde a um negócio efetivamente realizado e de que o vendedor estava regularmente inscrito na repartição Fazendária como contribuinte do tributo (AgRg no Ag 173.817/RJ).

Por outro lado, a inidoneidade da inscrição do vendedor só gera efeitos contra terceiros depois de publicada; todavia, ainda que idônea a inscrição, a nota fiscal só autoriza o aproveitamento dos créditos correspondentes se representativa de verdadeira compra e venda (REsp 77.631/SP).

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de recursos repetitivos:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃOCUMULATIVIDADE) NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. 1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS

pelo princípio da não cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998). (...) 6. Recurso especial desprovido” (REsp nº 1148444/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 14/04/2010, DJe 27/04/2010).

Outrossim, foi editada a Súmula nº 509 pelo STJ:

“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”.

Ocorre que, na hipótese dos autos, em que pese a argumentação trazida pela parte autora, não é possível a concessão da tutela de urgência antecipada, porquanto faz-se imperativa a dilação probatória.

Como é possível depreender da situação fático-jurídica dos autos, tanto o perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) quanto, sobretudo, a probabilidade do direito (*fumus boni juris*) ainda dependem de dilação probatória e, conseqüentemente, ensejar no pleno gozo do seu direito.

Nesse mesmo sentido segue a jurisprudência desta E. Corte, ao julgar casos com circunstâncias análogas ao presente:

“Agravo de instrumento Ação declaratória c/c repetição do indébito/Inclusão na base de cálculo do ICMS de mercadorias remetidas em bonificação Decisão agravada que indeferiu tutela de urgência para assegurar o direito de não recolhimento do tributo Ausência de dano irreparável ou de difícil reparação, não se vislumbrando também a possibilidade de frustração do próprio direito caso acolhida a pretensão apenas ao final da ação proposta Desprovimento do recurso.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2223936-75.2019.8.26.0000; Relator (a): Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/11/2019; Data de Registro: 07/11/2019).

“AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. Operações de saída de mercadorias dadas em bonificação. Suspensão da exigibilidade do tributo. 1. Bom direito. Os documentos que instruíram o agravo não demonstram se as bonificações foram dadas em operação própria ou nas operações em substituição, não sendo possível aferir neste momento de cognição sumária qual hipótese se estende às inúmeras operações praticadas no período. 2. Perigo da demora. A autora sempre recolheu e continua recolhendo o imposto nas operações de bonificação tanto que um dos pedidos é a restituição do tributo recolhido nos últimos cinco anos que antecedem a propositura desta ação, ou seja, a partir de

dezembro de 2013, e se procedente a ação terá restituído o valor impugnado devidamente atualizado. Não há perigo da demora. Tutela provisória indeferida. Agravo desprovido.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2027439-88.2019.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/03/2019; Data de Registro: 11/03/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO AGRADO DE INSTRUMENTO Ação declaratória fiscal ICMS sobre remessas a título de bonificação Tutela antecipada Pretensão de autorização para excluir o valor de mercadorias dada sem bonificação da base de cálculo do ICMS Indeferimento Não configuração dos requisitos necessários para concessão da medida. RECURSO NÃO PROVIDO. Antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional, para autorizar exclusão do valor de mercadorias dadas em bonificação da base de cálculo do ICMS, é inviável ante a não comprovação dos pressupostos legais, especialmente quando não há prova documental inequívoca a respeito” (Agravo de instrumento nº 2193524-98.2018.8.26.0000, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei).

E, nos termos da súmula 509 do STJ, parte final, a documentação ora juntada não tem o condão de infirmar a presunção de veracidade do ato administrativo, necessitando prova pericial a ser produzida oportunamente.

Com estes argumentos, conclui-se ausentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, requisitos necessários à concessão da tutela de urgência pretendida, razão pela qual fica mantida a r. decisão agravada.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento ao recurso.

CAMARGO PEREIRA
Relator