

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078, de Urussanga
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. VEREDICTO DE PROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DO ESTADO.

APONTADA EXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DO IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESA, CUJA INSCRIÇÃO FOI POSTERIORMENTE DECLARADA NULA.

CARÊNCIA DE PROVA DA PRETENSA COMPRA E VENDA, E DA EFETIVA ENTRADA DAS MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO.

"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" (Súmula n. 509 do Superior Tribunal de Justiça).

OPERAÇÕES COMERCIAIS NÃO EVIDENCIADAS.

TESE ACOLHIDA.

"[...] 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. nº 556.850/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 23/05/2005) [...] (TJSC, AC nº 2009.074824-8, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/03/2010)'. (TJSC, AC nº 2012. 039809-8, da Capital, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 09/12/2014) [...]" (TJSC, Apelação Cível n. 0008435-74.2011.8.24.0020, de Criciúma. Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/04/2019).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

REMESSA DE CÓPIA FOTOSTÁTICA AUTÊNTICA INTEGRAL DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO NO 1º GRAU, PARA DESENCADEAMENTO DA PERSECUTIO CRIMINIS.

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078, da comarca de Urussanga (2ª Vara) em que é Apelante Estado de Santa Catarina e Apelada COOPERMAQ-Cooperativa de Máquinas e Equipamentos.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Jorge Luiz de Borba. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 14 de maio de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Presidente e Relator
Documento assinado digitalmente

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Estado de Santa Catarina, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da comarca de Urussanga, que julgou procedente a ação [Anulatória de Débito Fiscal n. 0004178-65.2007.8.24.0078](#), ajuizada por [COOPERMAQ-Máquinas e Equipamentos](#), declarando nula a Notificação Fiscal n. 76030075645, e tornando inexigível o crédito tributário nela inscrito, além de condenar o ente federado ao pagamento das custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa (fls. 769/775).

Malcontente, o Estado aponta que COOPERMAQ não obteve êxito em demonstrar a efetiva ocorrência das operações mercantis, considerando a não apresentação dos comprovantes de pagamento, ou de prova relacionada à entrega dos insumos, aproveitando-se de crédito tributário decorrente de documentos considerados inidôneos pelo Fisco.

Assevera ser dever do contribuinte de boa-fé estornar o crédito declarado nulo, não obstante a publicação do Edital que cancelou a inscrição da empresa contratada ter ocorrido após a realização dos negócios mercantis.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 787/800).

Na sequência, COOPERMAQ opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados pelo juízo *a quo*.

Após, sobrevieram as contrarrazões, onde a empresa apelada refuta a tese manejada, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 813/829).

Em manifestação do Procurador de Justiça Basílio Elias De Caro, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fls. 841/842).

Em apertada síntese, é o relatório.

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

VOTO

Por vislumbrar a tempestividade e a dispensa do recolhimento do preparo - porque isento o Estado de Santa Catarina do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 35, "i", da Lei Complementar nº 156/97, com a redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010 -, recebo o apelo, mas apenas no efeito devolutivo, em razão do disposto nos arts. 1.012, § 1º, inc. V, e 1.013 do NCPC.

Pois bem.

[COOPERMAQ-Máquinas e Equipamentos](#) - inscrita no CNPJ sob o n. 06.197.865/0001-76, estabelecida na Rodovia Genésio Mazon, Km 03, bairro São Pedro, em Urussanga-SC -, foi autuada por ter deixado *"de estornar o crédito do imposto destacado em documento inidôneo, emitido por contribuinte cuja inscrição estadual foi declarada nula pela autoridade fazendária mediante Edital"* (fl. 123).

In casu, o cerne da pretensão exordial cinge-se à declaração de inidoneidade dos documentos fiscais que ensejaram a escrituração das operações contábeis, uma vez que o aproveitamento de créditos do imposto é cabível quando há efetiva demonstração de que o valor declarado nos registros foram pagos e, assim, de que a operação de compra e venda foi efetivamente realizada.

Ademais, ainda que a publicação da inidoneidade da empresa contratada - INCUBAVES-Indústria de Equipamentos para Avicultura Ltda. -, tenha ocorrido em 15/06/2015 - enquanto que as transações foram efetivadas em fevereiro, março e maio do mesmo ano -, resta incontroverso o dever da COOPERMAQ comprovar a veracidade dos negócios comerciais, a fim de afastar a pecha de fraudulenta ficção documental, pois *"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"* (Súmula nº 509 do STJ).

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

A propósito:

[...] a viabilidade de creditamento do ICMS pelo adquirente de boa-fé em decorrência de posterior declaração de inidoneidade das notas fiscais demanda que o contribuinte efetivamente demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, cujo ônus da prova incumbe exclusivamente a este (STJ, AgRg no REsp nº 1.355.768/SP, Rel. Min. Humberto Martins).

Logo, "*a inteligência do art. 136, do CTN não favorece a tese da agravante de que está dispensada, como compradora, da comprovação de que as notas fiscais declaradas inidôneas correspondem a negócio efetivamente realizado*" (STJ, AgRgAl nº 357894/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

No caso em liça, tendo sido oportunizado a COOPERMAQ apresentar os comprovantes de pagamentos, bem como de circulação das mercadorias (*frete*), para demonstrar a efetiva entrada dos insumos no estabelecimento, nada trouxe além das Notas Fiscais de fls. 51/62, sem nenhuma documentação complementar legal, tais como cheques, duplicatas quitadas em banco, depósitos, serviços de frete, ou seja, evidências acerca do pagamento e da movimentação dos consideráveis montantes, do transporte, da entrada no estabelecimento ou das alterações nos fluxos de almoxarifado ou dos estoques da empresa.

Conforme indicam os documentos de fls. 122 e 123, COOPERMAQ não apresentou, sequer, *Defesa Prévia à Intimação Fiscal*.

E as testemunhas ouvidas na fase instrutória, apenas declararam saber que havia relação comercial entre as empresas, sem, contudo, subsidiar de forma consistente a tese quanto ao efetivo recebimento das mercadorias.

Outrossim, a *Perícia Judicial* limitou-se - única e tão somente -, a analisar os registros contábeis, não possuindo o condão de inferir se houve verdadeira compra e venda das matérias primas (fls. 654/661).

De mais a mais, diante do elevado volume dos materiais indicados nas operações realizadas, seria necessária a contratação de veículos cargueiros, com a emissão dos respectivos comprovantes, porquanto a empresa emitente

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

não aparenta ser proprietária de caminhões.

Entretanto, não há qualquer ordem para carregamento das mercadorias, e/ou recibos referentes ao serviço de transporte.

E tais movimentações carecem de controles e formulários administrativos relacionados com as operações, como correspondências, pedidos, registros de entrada e movimentação de mercadorias na empresa e nos estoques.

COOPERMAQ limitou-se a juntar, apenas, cópias de seus livros contábeis, além de duplicatas sem qualquer autenticação bancária.

Nessa linha:

TRIBUTÁRIO. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO. DOCUMENTOS QUE DÃO CONTA DE QUE AS NOTAS FISCAIS UTILIZADAS SÃO INIDÔNEAS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DECORRENTE DE ICMS. Se, nos termos do art. 24 da Lei Estadual nº 10.297/96, *"o direito de crédito, para efeito de compensação com débito de imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenha sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação"*, cabe ao contribuinte comprovar, de forma idônea, a existência da operação que culminou na incidência de ICMS (CPC, art. 333, inc. I), sob pena de ser rejeitada sua pretensão compensatória. [...] SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, AC nº 2011.004493-4, de Indaial, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 06/05/2014).

Na mesma toada:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPRA E VENDA. BOA FÉ NÃO EVIDENCIADA. ILEGALIDADE DA OPERAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. *"A jurisprudência desta Turma é no sentido de 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. nº 556.850/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 23/05/2005). *In casu*, não tendo a contribuinte comprovado a efetividade das operações comerciais espelhadas nas notas fiscais tidas por inidôneas, não há falar em direito ao creditamento de ICMS. [...] (TJSC, AC nº 2009.074824-8, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/03/2010). (TJSC, AC nº 2012.

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

039809-8, da Capital, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 09/12/2014).

À vista disso, a mera apresentação de notas fiscais e duplicatas com valores expressivos apenas com o carimbo de pagamento - ainda que referidas nos livros contábeis -, não comprova a efetiva entrada das matérias primas no estabelecimento, mormente quando sequer apresentada a origem dos recursos, se decorrentes de pagamento à vista, a prazo, pela rede bancária ou se para quitação pessoal ao credor, fato também não comprovado.

Dito isso, dado a carência de subsídio apto a justificar a veracidade das operações realizadas, a sentença merece reforma, para que se reconheça a exequibilidade do crédito tributário consubstanciado na *Notificação Fiscal n. 76030075645*.

Em arremate, incabível a fixação de honorários recursais (art. 85, § 11, da Lei nº 13.105/15), já que o STJ firmou entendimento de que a mencionada majoração é devida apenas quando o recurso for *"não conhecido ou integralmente desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente"* (STJ, AgInt nos EREsp nº 1.539.725/DF, rel. Min. Antônio Carlos Pereira, j. 09/08/2017).

Dessarte, conheço do recurso e dou-lhe provimento, revogando a tutela antecipada anteriormente concedida (fl. 775), julgando improcedente o pedido.

Via de consequência, inverteo os ônus sucumbenciais, condenando COOPERMAQ-Cooperativa de Máquinas e Equipamentos a satisfazer o pagamento das custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como penso. É como voto.

Considerando que em sua contestação, o Estado apontou que *"[...] soa estranho o desconhecimento da situação cadastral da empresa vendedora INCUBAVES-Indústria de Equipamentos para Avicultura Ltda, pela COOPERMAQ, destinatária das mercadorias, pois além de se dedicarem ao*

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078

mesmo ramo de atividade, localizam-se no mesmo município - Urussanga, e possuem, conforme demonstram as Notas Fiscais de fls. 51-62, o mesmo número de telefone. Ademais, conforme ficha cadastral em anexo, o Secretário da Assembléia que aprovou a criação da COOPERMAQ - provavelmente seu Diretor Administrativo (art. 29 do Estatuto), Sr. Violmar Favro (fl. 45) -, era sócio da empresa vendedora INCUBAVES [...]" (fl. 110), remeta-se cópia fotostática autêntica integral dos autos ao representante do Ministério Público no 1º Grau, objetivando apurar a pecha de fraudulenta ficção documental.

Gabinete Desembargador Luiz Fernando Boller