

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

JANEIRO/FEVEREIRO 2018

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Silvia Helena Furtado Martins

Subprocuradora Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocuradora Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral

Adalberto Robert Alves

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Adalberto Robert Alves, Mariângela Sarrubbo Fragata, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Henrique Martino Monteiro, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Rebecca Correa Porto de Freitas, Renan Raulino Santiago, Rodrigo Augusto de Carvalho Campos, Rogério Augusto da Silva, Valéria Cristina Farias.

Centro de Estudos e Escola Superior

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck,

Joyce Sayuri Saito, Valter Farid Antonio Junior

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

sac 0800 01234 01

www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 300 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Editorial.....	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos.....	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições.....	9
<i>Peças e julgados</i>	
Contestação em ação anulatória de Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM), lavrado em razão do creditamento indevido de ICMS. Operação Alumínio. Aquisição de mercadorias a serem utilizadas em processo de industrialização. Terceiro com o qual a Autora negociou, produzia e vendia alumínio em sua forma bruta, hipótese em que o ICMS é diferido e não poderia ter sido destacado pelo remetente nem creditado pelo adquirente. Ocorrência de “quebra” do diferimento, sendo devido o recolhimento do imposto pela adquirente no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento. Sentença de improcedência	11
Apelação interposta pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE). 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. Apelo provido	35
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
ACESSO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. LEI FEDERAL Nº 12.527/2011. Pleito de acesso à íntegra da comunicação digital enviada pelo Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado por meio de seus respectivos correios eletrônicos (e-mail) institucionais. Inviabilidade de atendimento de pleito genérico (art. 10, LAI). Solicitação que demandaria compilação de dados para exclusão de informações protegidas por sigilo, gerando prejuízo ao serviço público. Arts. 5º, XXXIII e 37, § 3º, II, ambos da CF; arts. 1º, 7º e 10, da Lei nº 12.527/2011.....	43
<i>Ementário</i>	
Consultoria	55
Contencioso Geral.....	58
Contencioso Tributário-Fiscal.....	59

Iniciado o ano 2018, muitas reflexões passam em nossa mente. Primeiro, olhamos para trás, constatamos o que foi feito e, de imediato, vem a indagação: Será que evoluímos? Crescemos? Seguido a esse pensamento, vem a vontade de querer fazer mais. É sempre assim que começo o meu ano. Cheia de energia para continuar.

Assim é a PGE. Sempre ativa no desenvolvimento das melhores teses na busca da defesa do interesse público, segue firme na defesa da legalidade e da moralidade. Nosso desejo para o novo ano, que, aliás, promete inquietações políticas, é o de que a estrutura sólida da PGE permita aos colegas o enfrentamento de quaisquer obstáculos que se colocarem à sua frente, e que sigam crédulos, comprometidos e orgulhosos do importante papel que possuem na Administração Pública estadual.

Este periódico não é um tratado, claro, mas permite ao colega uma atualização em matéria de interesse público. A “solidez” e a combatividade dos Procuradores do Estado de São Paulo podem ser, com frequência, constatadas nos trabalhos publicados nos Boletins bimestrais, após criterioso exame da Comissão Editorial, que tem seu foco no intercâmbio de informações entre colegas das mais diversas frentes de atuação da PGE.

Consta deste número uma contestação em ação anulatória de Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM), lavrado em razão de crédito indevido de ICMS. Em investigação coordenada pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, denominada “Operação Alumínio”, constatou-se a obtenção de vantagens indevidas por contribuintes que se apropriaram de créditos em aquisições de alumínio na forma bruta, nas quais o ICMS é diferido e, portanto, não poderia ter sido destacado pelo remetente nem creditado pelo adquirente.

O segundo trabalho é uma exitosa apelação interposta pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), contra decisão que, ao homologar a desistência da ação de desapropriação, condenou a expropriante a arcar com as verbas sucumbenciais em favor dos possuidores, os quais sequer poderiam figurar como parte em ação expropriatória, mas somente como assistentes do expropriado, o que não se deu na espécie.

Por fim, o Parecer PA nº 77/2017 analisa os limites do acesso à informação, previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII, 37, § 3º, inciso II, e 216, § 2º, todos da

Constituição Federal, lembrando que a Administração não se norteia apenas pelo princípio da publicidade, mas também pela eficiência e interesse público a serem simultaneamente considerados. Assim, uma solicitação para acesso, na íntegra, de toda a correspondência digital enviada e recebida pelo Governador do Estado, Vice-Governador e Secretários de Estado, nos respectivos *e-mails* institucionais, durante o ano 2017, além de ser um pedido genérico, que viola o art. 10 da Lei nº 12.527/2011, é desproporcional e desarrazoado, sendo que a organização desse volume de material, com a retirada de informações sigilosas, prejudicaria o regular funcionamento do serviço público.

Com votos de um excelente ano, esperamos que apreciem mais este número do nosso Boletim!

Boa leitura!

Mariângela Sarrubbo Fragata
Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

Cursos do Centro de Estudos

21.02 – “SP – PREVCOM – Previdência Complementar”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

17.02 a 03.03 – “Cálculos Tributários na Prática” – IOB Grupo Sage.

26.02 a 28.02 – “Contratos Administrativos – Como os Tribunais de Contas e o Judiciário interpretam e orientam os agentes na solução de grandes problemas” – Zênite Informações e Consultoria S/A.

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 vênia 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 “*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-primas 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. 213¹).

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.”¹

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 N^o 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

PROCESSO: SG-1248916/2017 (GDOC-1000879-1056918/2017) e processo n. 001/0001/004.576/2017

INTERESSADO: LUIZ FERNANDO TOLEDO

PARECER: PA n.º 77/2017

EMENTA: ACESSO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. LEI FEDERAL N. 12.527/2011. Pleito de acesso à íntegra da comunicação digital enviada pelo Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado por meio de seus respectivos correios eletrônicos (e-mail) institucionais. Inviabilidade de atendimento de pleito genérico (art. 10 LAI). Solicitação que demandaria compilação de dados para exclusão de informações protegidas por sigilo, gerando prejuízo ao serviço público. Arts. 5º, XXXIII e 37, 83º, II, ambos da CF; arts. 1º, 7º e 10, da Lei n. 12.527/2011.

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação da Subprocuradora Geral do Estado, área da Consultoria Geral, tendo em vista proposta formulada pela Procuradora do Estado Assessora Chefe Substituta da Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado, relativa à análise da viabilidade jurídica do atendimento de pleito, formulado por meio do Sistema Integrado de Informações ao Cidadão – “SIC.SP”, relacionado ao acesso à íntegra de toda a correspondência digital enviada e recebida pelo Governador do Estado, Vice-Governador e Secretários de Estado, nos respectivos *emails* institucionais, durante o ano de 2017.

2. Com relação à solicitação direcionada à correspondência eletrônica do Governador e Vice-Governador, manifestou-se, previamente, a Consultoria Jurídica da Secretaria de Governo, exarando o Parecer CJ/SG n. 404/2017¹ (fls. 06/16), no qual concluiu pela inviabilidade do atendimento do pleito. Em apertada síntese, o opinativo apontou que: (i) o pedido encontra óbice no sigilo de correspondência (art. 5º, XII, CF); (ii) ainda que assim não fosse, demandaria seleção prévia de mensagens enviadas por cidadãos, nas quais relatadas situações de suas vidas

1 De autoria da Procuradora do Estado ADRIANA RUIZ VICENTIN.

privadas, também protegidas (art. 4º, IV, Lei federal n. 12.527/2011), a fim de solicitar prévia anuência à divulgação; (iii) o art. 10 da Lei federal n. 12.965/2014 estabelece tratamento diferenciado ao conteúdo de comunicações eletrônicas que possam conter informações de natureza pessoal, autorizando sua disponibilização apenas mediante ordem judicial; (iv) as mensagens eletrônicas podem conter dados de projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, informações atinentes a atos decisórios ou administrativos ainda não publicados, assuntos sob sigredo de justiça ou sigredo industrial, e outras situações acobertadas por sigilo; (v) a solicitação formulada pelo “SIC.SP” subsume-se às hipóteses previstas no artigo 13 do Decreto federal n. 7.724/2012, que determina o não atendimento de pedidos de acesso à informação genéricos, desproporcionais ou desarrazoados, ou que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações.

3. Encaminhado, o protocolado, à Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral do Estado, a Procuradora do Estado Assessora Chefe Substituta registrou que pedido da mesma natureza foi realizado quanto à correspondência eletrônica institucional de diversos Secretários de Estado², a recomendar a prévia oitiva desta Procuradoria Administrativa ante o interesse geral da Administração na solução a ser adotada (fls. 19/20).

É o relatório. Passamos a opinar.

4. A Lei federal n. 12.527/2011 foi editada para regular o acesso à informação, *previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII³; 37, §3º, inciso II⁴ e 216, §2º⁵, todos da Constituição Federal*. O direito de acesso à informação expressa uma

2 O expediente SG/1248916/2017 (gdoc n. 1000879-1056918/2017), que tem por objeto o requerimento relativo aos emails institucionais do Governador e do Vice-Governador, veio acompanhado do expediente n. 001.0001.004.576/2017, que trata de pleito idêntico, relativo à correspondência digital do Secretário da Saúde.

3 “Art. 5º. ...
XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

4 “Art. 37. ...
§3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

...

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”

5 “Art. 216. ...
§2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.”

das vias de manifestação do princípio da publicidade, que norteia a Administração Pública.

5. No entanto, é importante recordar que a atividade administrativa orienta-se não apenas por este, mas também por outros princípios, dentre os quais a eficiência e o interesse público, que devem ser simultaneamente considerados. Desse modo, embora o direito à informação seja garantido de forma ampla, não é um direito absoluto, havendo de ser compreendido no contexto de outros direitos assegurados na Lei Maior, bem como, dos princípios que regem a atividade da Administração Pública. Nesse contexto, consoante observei por ocasião da prolação do Parecer **PA n. 57/2016**⁶:

“11.(...) A Lei de Acesso à Informação não pode ser interpretada de modo isolado, mas sim considerando a finalidade para a qual foi editada, que compreende a transparência na gestão pública e a possibilidade de fiscalização da prestação dos serviços públicos pela população. Não pode, tampouco, ser analisada em um contexto dissociado dos princípios que orientam a atividade administrativa.

12. Nesse sentido, **excessos que prejudiquem ou inviabilizem a prestação do serviço público não se coadunam à finalidade da legislação, não podendo ser admitidos.** Evidentemente, as características de cada caso concreto devem ser examinadas para que, de outro lado, não se restrinja, indevidamente, o exercício do direito à informação. Na hipótese de dúvida, a ponderação entre os princípios constitucionais indicará a solução a ser adotada.” (g.n.)

6. A solicitação genérica do conteúdo de *e-mail* institucional de autoridades públicas certamente esbarra no óbice indicado e escapa à finalidade da lei. Como foi dito, o objetivo da Lei n. 12.527/2011 é ampliar o acesso de qualquer cidadão a informações e dados, de modo a permitir o acompanhamento e fiscalização de programas, serviços prestados, e outros. No entanto, é preciso que o interessado especifique a informação à qual pretende acesso. Nesse sentido, solicitações genéricas, envolvendo um grande volume de dados, inviabilizam o atendimento do pedido, vez que demandam prévia seleção e organização. Aludida tarefa resultaria em prejuízo ao andamento do serviço público, posto exigir que agentes públicos interrompam a execução de suas atribuições para seu atendimento.

⁶ Parecer proferido para análise de pleito de disponibilização de informações relativas aos números de telefone e endereços eletrônicos funcionais de todos os servidores da SPPREV, concluindo-se no sentido da inviabilidade de atendimento, sob pena de prejuízo à prestação do serviço público pela Autarquia, uma vez que já disponibilizado serviço próprio para atendimento a demandas dos usuários.

7. Como bem observado no Parecer CJ/SG n. 404/2017, o conteúdo do correio eletrônico institucional do Governador, a par do grande volume de mensagens, certamente conterà diversas protegidas por sigilo, demandando organização de dados. Nesse contexto podem ser consideradas, por exemplo, mensagens enviadas por cidadãos, nas quais relatadas situações de suas vidas privadas (art. 4º, IV, Lei n. 12.527/2011); dados de projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 7º, §1º, Lei n. 12.527/2011); informações atinentes a atos decisórios ou administrativos ainda não publicados; assuntos sob sigredo de justiça ou sigredo industrial; e outros.

8. Note-se que o artigo 1º da Lei n. 12.527/2011 remete a dispositivos constitucionais que garantem o direito à informação, fazendo-o, contudo, *com a ressalva daquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF) e das protegidas pela inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF)*⁷.

9. A restrição de acesso a documentos, dados e informações é tratada também no Decreto estadual n. 58.052/2012⁸, cujo artigo 27º aponta serem considerados passíveis de restrição de acesso aqueles de natureza sigilosa ou pessoal. O artigo 29 do regulamento estadual, igualmente, reconhece que o conteúdo de suas normas *“não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de sigredo de justiça nem as hipóteses de sigredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público”*.

10. O artigo 3º da Lei n. 12.527/2011, por sua vez, aponta que os procedimentos nela previstos objetivam *“assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública”*, ou seja, a aplicação da Lei de Acesso à Informação não se descola do conjunto de princípios que regem a Administração Pública, conforme já foi dito.

11. Acrescente-se, outrossim, que o artigo 10 da Lei n. 12.527/2011 estabelece que o pedido de acesso a informações deve conter *“a especificação da informação*

7 Conforme referência feita no inciso II do §3º do art. 37, CF

8 Regulamentou a Lei n. 12.527/2011 no Estado de São Paulo.

9 “Art. 27 – São consideradas passíveis de restrição de acesso, no âmbito da Administração Pública Estadual, duas categorias de documentos, dados e informações: I – Sigilosos: aqueles submetidos temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado; II – Pessoais: aqueles relacionados à pessoa natural identificada ou identificável, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. (...)”

requerida”, a demonstrar, também por este ângulo, a inviabilidade de atendimento de pleito genérico, como ocorre nos casos concretos que suscitaram a dúvida jurídica submetida.

12. Vale observar que, embora tal inviabilidade já se extraia do texto constitucional e da Lei n. 12.527/2011, o Decreto federal n. 7.724/2012, que regulamentou a Lei de Acesso à Informação no âmbito da Administração Pública federal, destacou expressamente a impossibilidade de atendimento de pedidos de informação genéricos, desproporcionais, ou desarrazoados; ou aqueles que demandem esforço para análise ou consolidação de dados. A este respeito, apontou o Parecer **PA n. 57/2016**:

“13. Conquanto destinado a orientar a atuação da Administração Pública federal, o Decreto federal n. 7.724/12 expressamente excluiu o atendimento de pedidos de informação genéricos; desproporcionais, ou desarrazoados; ou que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações. Ao comentar o dispositivo em questão RICARDO MARCONDES MARTINS aponta que, embora o ordenamento não admita que se estabeleçam restrições administrativas a direito fundamental, o que a Administração deve fazer é apontar, nos casos concretos, as restrições constitucionais decorrentes da ponderação de princípios constitucionais. Consignou o autor:

‘Por força do §3º do art. 10 da Lei Federal n. 12.527/11, o direito ao acesso à informação independe da explicitação de justificativa do interessado. Eis uma das regras mais importantes (e problemáticas) da lei federal: o administrado não precisa dizer à Administração o motivo determinante de sua solicitação. Basta requerê-la. O que a lei exige é que o pedido de informações não seja apócrifo: deve o requerente se identificar (caput do art. 10), mas não precisa dizer o motivo pelo qual quer a informação. Em sentido contrário, a boa doutrina sempre considerou a indicação da finalidade pressuposto para o acesso à informação. Antes da lei, a jurisprudência majoritária era tolerante com a caracterização da legitimação do requerente, mas não lhe dispensava de informar o propósito do requerimento. Ainda que seja clara a boa intenção do legislador, é intuitivo seu equívoco.

Pela correta lição de Carlos Maximiliano, ‘interpretatio illa sumenda quae absurdum evitetur’ – adota-se a interpretação que evite o absurdo. Interpretada a lei sem ressalvas, um partido político de oposição poderia facilmente inviabilizar a administração pelo partido rival. Bastaria, para tanto, solicitar a alguns de seus filiados que se dirigissem aos órgãos da administração e neles formulassem genéricos pedidos de informação. Por certo, qualquer grupo conseguiria paralisar a atuação da Administração Pública. (...)

O equívoco legislativo foi corrigido pelo Executivo. Nos termos do art. 13 do Decreto Federal n. 7.724/12, não serão admitidos pedidos de acesso à informação: I – genéricos; II – desproporcionais ou desarrazoados; III – que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviços de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade. A norma foi reproduzida no art. 16 do Decreto paulistano n. 53.623/12. As três hipóteses não constam da lei federal. Conforme explicado, o sistema não admite restrição administrativa a direito fundamental, vale dizer, restrição alicerçada na competência discricionária da Administração Pública. Restrições regulamentares próprias são inconstitucionais. O que deve a Administração fazer é explicitar, nos casos concretos, as restrições constitucionais decorrentes das ponderações de princípios constitucionais. Pois bem, ainda que essas três hipóteses não fossem previstas no regulamento, a ponderação dos princípios constitucionais não admitiria o atendimento a pedidos genéricos, desproporcionais ou desarrazoados.

(...)

Finalmente, **pedidos desproporcionais ou desarrazoados não devem ser atendidos**. Escapa aos limites deste estudo precisar o significado jurídico do que seja desproporcional ou desarrazoado. **A proporcionalidade exige a ponderação entre os valores concretizados pelo fornecimento da informação e os valores contrários ao fornecimento; a razoabilidade exige que o fornecimento não atente contra o que a maioria das pessoas considera compatível com a razão. Sem desconsiderar toda a controvérsia que possa surgir, o fato é que a vedação é extraída do texto constitucional e não do decreto.** (...) ¹⁰
(g.n.)

14. Segundo entendemos, a restrição veiculada por meio da regulamentação federal, na realidade, seria, a rigor, desnecessária, visto que *pedidos de informações desproporcionais ou desarrazoados, que possam prejudicar o regular funcionamento de um serviço público – o que, repita-se, demanda a análise do caso concreto – podem ser rejeitados a partir da ponderação entre os princípios constitucionais.*”

13. O citado opinativo, aprovado nas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado, concluiu:

“a) conquanto o direito à informação seja garantido de forma ampla, **não é um direito absoluto, devendo ser interpretado em harmonia com os princípios que orientam a atividade administrativa;**

10 **Acesso à informação pública**/Rafael Valim; Antonio Carlos Malheiros; Josephina Bacariça (in memoriam) Coordenadores. – Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 128-131)

b) **pedidos de informações desproporcionais ou desarrazoados, que possam prejudicar o regular funcionamento de um serviço público – o que, repita-se, demanda a análise do caso concreto – podem ser rejeitados a partir da ponderação entre os princípios constitucionais;**” (g.n.)

14. Convém registrar que, no âmbito da Administração Pública Federal, requerimentos de conteúdo similar ao examinado têm sido indeferidos. Nesse sentido, cite-se decisão proferida pelo Ouvidor-Geral da União, a qual negou provimento a recurso interposto contra o indeferimento de pedido de acesso a todas as mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pela então Presidente da República, utilizando seu e-mail institucional, durante o período de 01/01/2012 a 30/06/2012¹¹.

15. Na mesma linha, restou desprovido recurso contra decisão que indeferiu pedido de acesso à informação (referência: 00077.000696/2016-56), consistente no acesso aos e-mails recebidos e enviados de 19 de maio a 27 de maio pelo subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Dentre outras razões, o parecer exarado no âmbito da Controladoria-Geral da União concluiu que o pedido formulado era desarrazoado, considerando que:

“a) o sigilo das comunicações não resguarda a Caixa de Correio do servidor do alcance da LAI, contudo, **as mensagens individualmente consideradas podem estar cobertas por alguma das hipóteses de restrição de acesso previstas na própria LAI**, conforme entendimentos adotados em manifestações pretéritas da CGU, **ou, ainda, em legislações que tratem de sigilos específicos**, inclusive o sigilo do advogado; (...) h) **sem a devida análise do conteúdo das mensagens, existe risco de divulgação de informações pessoais sensíveis, ou resguardadas por algum tipo de sigilo (...)**” (g.n.)

16. Ao examinar recurso em pedido de cópia de “*todos os ofícios/documentos assinados pelo então ministro da Fazenda*” nos anos de 1995, 1996, 1997 e 1998, a Controladoria-Geral da União, igualmente, opinou no sentido da inviabilidade do atendimento da solicitação, sob o argumento de que “... *não há como admitir que o demandante se esquive do ônus de delimitar, de forma clara e precisa, conforme prevê o art. 12 do Decreto n. 7.724/2012, seu requerimento de informação, a fim de que seja propriamente apreciado*”. Em prosseguimento, consignou que “*na verdade, a imprecisão do pedido genérico impossibilita até mesmo que a Administração diligencie no sentido de satisfazer a demanda do requerente, tornando impossível, do ponto de vista fático, o atendimento do pedido*”¹².

17. Por todo o exposto, concluímos:

11 pedido de informação de NUP 00077.000583/2012-27.

12 Despacho n. 4747, de 19/06/2013, referente às NUPs 16853.0076172012-05, 16853.0076152012-16, 16853.0076182012-41, 16853.0076162012-52.

a) que, conquanto o direito à informação seja garantido de forma ampla, não é um direito absoluto, devendo ser interpretado em harmonia com os princípios que orientam a atividade administrativa (PA n. 57/2016);

b) pedidos de informações desproporcionais ou desarrazoados, que possam prejudicar o regular funcionamento de um serviço público – o que, repita-se, demanda a análise do caso concreto – podem ser rejeitados a partir da ponderação entre os princípios constitucionais (PA n. 57/2016);

c) ser inviável o atendimento de pedido genérico tendo por objeto todos os e-mails enviados e recebidos por agente público em determinado período, vez que não atende a exigência legal de “*especificação da informação requerida*” (art. 10, Lei n. 12.527/2011), bem como, por envolver grande volume de dados/documentos, o que exigiria extenso trabalho para exclusão daqueles protegidos por hipóteses de sigilo, incompatível com o regular andamento do serviço público.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP n. 120.706

PROCESSOS: SG-1248916/2017 (GDOC-1000879-1056918/2017)
001.0001.004.576/2017 (GDOC-16847-1040130/2017)
INTERESSADO: LUIZ FERNANDO TOLEDO
PARECER: PA n.º 77/2017

Acompanho o **Parecer PA n.º 77/2017**, que, corretamente, opinou pelo indeferimento dos pedidos de acesso a toda a correspondência digital de determinados agentes públicos, especialmente à míngua de especificação da informação pretendida (artigo 10 da Lei Federal n.º 12.527/2011) e da conseqüente impossibilidade – até mesmo prática – de triagem de grande volume de documentos oficiais não especificados com vistas à proteção de informações sigilosas¹, pessoais² ou acobertadas por qualquer outra hipótese legal de restrição de acesso³. Lembro, a propósito, que a restrição de acesso a informações pessoais independe de qualquer prévia classificação de sigilo (artigo 31, §1º, I, da Lei Federal n.º 12.527/2011).

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 19 de dezembro de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP n.º 245.540

-
- 1 Informações submetidas temporariamente a restrição de acesso público por motivo de segurança da sociedade e do Estado (art. 4º, III, da Lei Federal n.º 12.527/2011).
 - 2 Informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável (art. 4º, IV, da Lei Federal n.º 12.527/2011).
 - 3 Informações protegidas por deveres de sigilo profissional, segredo de justiça, segredo industrial etc. (art. 22 da Lei Federal n.º 12.527/2011).

PROCESSO: SG-1248916/2017 (GDOC-1000879-1056918/2017)
INTERESSADO: LUIZ FERNANDO TOLEDO
ASSUNTO: SOLICITA ÍNTEGRA DE TODA A CORRESPONDÊNCIA
DIGITAL RECEBIDA E ENVIADA PELO GOVERNADOR
E POR SEU VICE NO EMAIL INSTITUCIONAL EM 2017
PARECER: PA n.º 77/2017

1. Estou de acordo com o entendimento exposto no **Parecer PA n.º 77/2017**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

2. Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 20 de dezembro de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

PROCESSO: SG-1248916/2017 (GDOC-1000879-1056918/2017)
INTERESSADO: LUIZ FERNANDO TOLEDO
ASSUNTO: SOLICITA ÍNTEGRA DE TODA A CORRESPONDÊNCIA
DIGITAL RECEBIDA E ENVIADA PELO GOVERNADOR
E POR SEU VICE NO EMAIL INSTITUCIONAL EM 2017

1. Aprovo o **Parecer PA nº 77/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, 28 de dezembro de 2017.

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES
Procurador Geral do Estado Adjunto

PROCESSO: SG-1248916/2017 (GDOC-1000879-1056918/2017)
INTERESSADO: LUIZ FERNANDO TOLEDO
COTA: SUSG-CONS nº 16/2018
ASSUNTO: SOLICITA ÍNTEGRA DE TODA A CORRESPONDÊNCIA DIGITAL RECEBIDA E ENVIADA PELO GOVERNADOR E POR SEU VICE NO EMAIL INSTITUCIONAL EM 2017

Ao Expediente,

1. Solicito divulgação do **Parecer PA nº 77/2017**, por meio de Ofício Circular SubG-Cons para Listagem Completa PA.

2. Após, restituam-se os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria de Governo para prosseguimento.

São Paulo, 4 de janeiro de 2018.

CARLOS EDUARDO TEIXEIRA BRAGA

Subprocurador Geral Adjunto

Consultoria Geral

Consultoria

1) PROCESSO ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. Procedimento que não se confunde com o sancionatório, “posto que não visa à aplicação de sanção, mas apenas a propiciar uma simples oitiva do interessado e, eventualmente, o ressarcimento amigável do erário” (PA-3 285/2001). Inviabilidade de inscrição do débito sem a apuração de sua liquidez e certeza pelos meios previstos no ordenamento jurídico. Precedentes: PA 83/2010, 14/2012, 64/2014, 62/2015, 10/2016. Inviável a cobrança do débito apurado por meio de desconto em folha de pagamento se não houver aquiescência do servidor. Precedentes: PA 115/2010 e PA 99/2013. Prescrição incidente sobre as ações de ressarcimento de prejuízos causados ao erário. Precedentes: PA 48/2004 e PA 315/2006. Tema sub judice e que merece cautela. RE 669.069/MG e RE 852.475/SP, submetidos à repercussão geral. (Parecer PA nº 20/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 31/01/2018)

2) SERVIDOR PÚBLICO. AFASTAMENTO. MANDATO SINDICAL. Dúvida relativa à regularização da situação funcional dos interessados no período que medeia o início do man-

dato e a publicação do ato de autorização do afastamento. O período de afastamento, durante o tempo que durar o mandato, será considerado como de efetivo exercício para todos os efeitos legais. Artigo 125, § 1º, da Constituição Estadual. Lei Complementar nº 343, de 6 de janeiro de 1984. Decreto Estadual nº 31.170, de 31 de janeiro de 1990. Deverá a Administração retificar todos os registros relacionados aos afastamentos, ausências e licenças verificados no período para o qual foi autorizado o afastamento para exercício de mandato sindical, ressalvadas as férias, para considerá-los como de efetivo exercício. Desincompatibilização. Artigo 1º, II, “1”, da Lei Complementar Federal nº 64, de 18 de maio de 1990. Caso concreto que não enseja afastamento para efeito de desincompatibilização, visto que o afastamento para o exercício de mandato sindical já desvincula efetivamente o servidor das atribuições do cargo. (Parecer PA nº 01/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 31/01/2018)

3) SERVIDOR PÚBLICO. LEI ORGÂNICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CORREGEDORIA. AUTARQUIAS. APURAÇÃO PRELIMINAR. Dúvida relativa à competência da Corregedoria da

Procuradoria Geral do Estado. Artigo 17, inciso III, da Lei Complementar n.º 1.270, de 25 de agosto de 2015. A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado é competente para realizar correição nos órgãos jurídicos das autarquias, a qual não se confunde com apuração preliminar, a cargo da autoridade da Autarquia que tenha tido conhecimento da irregularidade praticada por Procurador Autárquico. (Parecer PA n.º 2/2018 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 31/01/2018)

4) VANTAGENS. Gratificação pela participação em reuniões dos órgãos de deliberação coletiva (“jeton”). Natureza remuneratória. CADIN. Inscrição do beneficiário não pode obstar ao pagamento de gratificação. Inexistência de uma das hipóteses impeditivas elencadas no artigo 6º da Lei Estadual n.º 12.799, de 11 de janeiro de 2008. Gratificação “pro labore” aos membros dos Conselhos da ARSESP instituída pelo Decreto Estadual n.º 52.455, de 7 de dezembro de 2007. Diploma legal que disciplina a gratificação (“jeton”) é o Decreto-lei n.º 162, de 18 de novembro de 1969, recepcionada pela ordem vigente e que ostenta ‘status’ de lei complementar. Observância ao artigo 128 da Constituição Estadual. Necessidade de adequação da legislação estadual vigente. Proposta de submissão ao Governador do Estado. (Parecer PA n.º 47/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral em 26/02/2018)

5) LICITAÇÃO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA. ART. 87 DA LEI N. 8.666/93 E ART. 7º DA LEI N. 10.520/02 (PREGÃO). Às contratações realizadas por meio de pregão, aplicam-se as sanções previstas na Lei n. 10.520/02. Aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93, apenas na parte em que a Lei n. 10.520/02 for omissa. Se efetivamente constatada a prática das infrações consignadas no artigo 7º da Lei n. 10.520/02, a sanção prevista é o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública estadual, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas consignadas em edital e no contrato e das demais cominações legais. Precedente: Parecer PA n. 59/2007. Conforme entendimento exarado no Parecer PA n. 10/2013, a gradação na fixação da pena deverá orientar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se a gravidade da conduta e o prejuízo causado ao Estado, o que refletirá na duração do prazo de impedimento. (Parecer PA n.º 22/2017 – O Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE, em 31/01/2018, deixou de aprovar o Parecer PA n.º 22/2017, nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral)

6) SERVIDOR TRABALHISTA. Consolidação das Leis do Trabalho. Empregada lactante. Afastamento de atividades insalubres. Artigo 394-A, inciso III, da CLT, com a redação dada pela Lei Federal n.º 13.467, de 13 de

julho de 2017. Proteção e incentivo à continuidade do aleitamento materno até os 2 (dois) anos de idade. Lei Federal nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006. Proteção à maternidade, à infância e da saúde pública. Artigos 6º e 196 da Constituição Federal. A empregada deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres em qualquer grau durante a lactação, que poderá se estender até o segundo ano de vida da criança, caso razões de ordem médica o recomendem durante todo o período. (Parecer PA nº 51/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em 09/02/2018, com os acréscimos trazidos pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral)

7) SERVIDOR TRABALHISTA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. Exegese conferida à OJ-SDC-5 do Tribunal Superior do Trabalho, estendendo-se tal entendimento igualmente à celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho pelas pessoas jurídicas de direito público da Administração direta e indireta, as quais são impedidas de negociar cláusulas que apresentem repercussão financeira, ainda quando ostentem caráter social. Exigência de lei para matéria relativa à fixação de remuneração ou aumento de servidores. Art. 37, X e art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal. A Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (“re-

forma trabalhista”) trouxe relevantes alterações às normas coletivas. O acordo coletivo de trabalho passou a ser instrumento a ser sopesado pela Administração para ajuste e readaptação de cláusulas sociais. Decreto Estadual nº 63.033, de 7 de dezembro de 2017. Proposta de revisão parcial do Parecer PA nº 61/2014. (Parecer PA nº 76/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 31/01/2018. Parcialmente revisto, conseqüentemente, o Parecer PA nº 61/2014)

8) PROCURADOR DO ESTADO. PROCEDIMENTO APURATÓRIO.

Responsabilização disciplinar por atos cometidos por servidor após a cessação do exercício da função pública. Artigo 126, § 22 da Constituição Estadual. A responsabilidade disciplinar do servidor cessa somente após a ruptura do vínculo com a Administração. Enquanto mantido o vínculo – não importando se cessou ou não o exercício da função ou o desempenho das atribuições do cargo – estará o servidor sujeito à responsabilização disciplinar por eventuais condutas faltosas e passíveis de sanção disciplinar. (Parecer PA nº 78/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto respondendo pelo expediente da PGE em 31/01/2018)

Contencioso Geral

9) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADICIONAIS TEMPORAIS. QUINQUÊNIOS. SEXTA-PARTE. BASE DE CÁLCULO – ABONO DE PERMANÊNCIA. INCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE. O abono de permanência (art. 40, § 19, CF) é verba que se reveste de natureza indenizatória, pois se destina a compensar o não exercício de um direito cujos requisitos já foram preenchidos pelo servidor, a aposentadoria voluntária. Constitui, pois, vantagem pecuniária específica, eventual e transitória que não se incorpora aos vencimentos. Exclusão da base de cálculo dos adicionais temporais e da sexta-parte. Decisão reformada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 3001564-70.2017.8.26.0000 – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Décio Notarangeli – 28/02/2018 – 25.361 – Unânime)

10) SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS QUE INCIDIRAM SOBRE O ADICIONAL DE LOCAL DE EXERCÍCIO (ALE). Período de maio de 2010 a março de 2013 - Descabimento Lei Complementar Estadual nº 1.109, de 06 de maio de 2010, que estendeu aos aposentados e pensionistas o adicional em causa, definindo, portanto, o caráter geral e per-

manente do benefício. Valor respectivo que passou, então, a servir de base de cálculo para a contribuição previdenciária. Vedação do artigo 8º, §1º, item 6, da Lei 1.012/07 que não pode mais ser invocada pelos servidores beneficiados. Sentença de improcedência do pedido que merece subsistir. Apelo das autoras não provido. (Apelação nº 1001689-35.2016.8.26.0638 – Tupi Paulista – 8ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti – 27/02/2018 – 22.923 – Unânime)

11) AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA. Indeferimento de justiça gratuita em primeiro grau – Para obter assistência jurídica integral e gratuita basta que a parte comprove a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF) para o pagamento de custas processuais e de honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família – Entretanto, pela análise dos fundamentos da decisão e do demonstrativo de pagamento, verifica-se que a parte requerente possui condições de arcar com custas e despesas processuais, no presente caso – Decisão agravada mantida – Recurso desprovido, revogando-se a antecipação da tutela recursal concedida. (Agravo de Instrumento nº 2243483-72.2017.8.26.0000 – São Paulo – 8ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Ponte Neto – 22/02/2018 – 12.936 – Unânime)

12) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Agente Fiscal de Rendas. Pretensão de percepção da indenização relativa aos

dias de licença-prêmio não usufruídos quando em atividade sem incidência do redutor salarial. Apesar do caráter indenizatório do pagamento, a sua base de cálculo deverá observar o limite imposto pelo art. 115, XII, da Constituição do Estado de São Paulo.

Precedentes do STF e desta E. Corte. Decisão reformada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 3001174-03.2017.8.26.0000 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Camargo Pereira – 30/01/2018 – 17044 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

13) TUTELA DE URGÊNCIA. Questionamento a respeito da incidência de ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Distribuição (TUSD) – Indeferimento de tutela de urgência para o fim de afastar as tarifas da base de cálculo do imposto. Cabimento. Ausência de probabilidade do direito invocado. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2178682-50.2017.8.26.0000 – São Paulo – 1ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Luiz Francisco Aguiar Cortez – 27/02/2018 – 22.399 – Unânime)

14) APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Auto de Infracção e Imposição de Multa. Crédito indevido de ICMS. Prescrição e decadência Inocorrentes – Multa punitiva. A sanção pecuniária limitada a 100% do valor do imposto não tem caráter confiscatório, consoante jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e desta C. Câmara. Sentença reformada. Recurso de apelação da Fazenda do Estado provido,

e desprovido o recurso de apelação da empresa executada. (Apelação nº 0004928-90.2012.8.26.0319 – Lençóis Paulistas – 2ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Renato Delbianco – 27/02/2018 – 13.083 – Unânime)

15) APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. IPVA. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. NÃO CABIMENTO. Elementos constantes dos autos que não comprovam a existência do alegado duplo domicílio do proprietário do veículo. Cobrança devida. Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação nº 1003427-81.2017.8.26.0037 – Araraquara – 10ª Câmara de Direito Público – Relator (a): Marcelo Semer – 26/02/2018 – 9586 – Unânime)

16) ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL – ICMS. Protesto de CDAs. Admissibilidade. Medida prevista em lei. Constitucionalidade. Deferimento de recuperação judicial que não suspende o crédito ou o protesto. Recurso improvido. (Apelação nº 1018471-29.2016.8.26.0053 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida – 30/01/2018 – 39507 – Unânime)

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

