


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
 FORO DE SÃO CARLOS
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Rua D. Alexandrina, 215
 São Carlos - SP
 Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0017224-19.2011.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal - Construção / Penhora / Avaliação / Indisponibilidade de Bens**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

CONCLUSÃO

Aos 08/11/2013 10:08:08 faço estes autos conclusos ao
 Meritíssimo Juiz de Direito Auxiliar de São Carlos. Eu, esc.
 subscrevi.

RELATÓRIO

ALGE TRANSFORMADORES LTDA opõe embargos à execução fiscal que lhe move a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** aduzindo prescrição, excesso de penhora, ausência de liquidez e certeza do título executivo, inconstitucionalidade da multa moratória porque desproporcional, impenhorabilidade do transformador que foi objeto de construção no processo executivo.

A embargada ofertou impugnação (fls. 47/57) alegando, em preliminar, ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, e, no mérito, ausência de decadência ou prescrição, higidez do título executivo, bem como legalidade e proporcionalidade da multa.

As partes foram instadas a especificar provas (fls. 66), tendo a embargante silenciado (fls. 67) e a embargada requerido o julgamento antecipado (fls. 67vº).

FUNDAMENTAÇÃO

Julgo o pedido na forma do art. 17, parágrafo único da LEF, pois a prova documental é suficiente para a solução da controvérsia, e as demais formas de prova não seriam pertinentes ao caso, salientando-se que as partes foram instadas a especificar provas (fls. 66), tendo a embargante silenciado (fls. 67) e a embargada requerido o julgamento antecipado (fls. 67vº).

A preliminar de ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação não deve ser acolhida, pois a inicial está instruída com os documentos indispensáveis.

Inocorreu a prescrição aduzida. O termo inicial do lapso prescricional


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

corresponde à data em que houve a notificação da embargante a respeito da decisão proferida no processo administrativo iniciado com a lavratura do auto de infração. Tal notificação deu-se em 19/08/2010 (*vide* CDA), não tendo transcorrido o lapso quinquenal até a distribuição em 07/04/2011.

Também não se fala em excesso de penhora. O transformador trifásico que foi objeto da constrição judicial foi avaliado, em agosto/2011, em R\$ 23.000,00 (fls. 10, autos principais), um pouco mais que o valor cobrado na propositura da ação (R\$ 17.967,89). Se considerarmos, conjuntamente, a depreciação do bem desde então, os juros e atualização monetária que continuaram a incidir, bem como o fato de que a alienação judicial provavelmente dar-se-á por valor inferior ao da avaliação, é nítida a ausência de excesso de penhora. Ademais, o Oficial de Justiça não relatou a existência de qualquer outro bem para ser penhorado, de modo que cabia a penhora deste que, realmente, veio a ser constrito. E nem se pode admitir a penhora de uma fração ideal de bem móvel.

Já no concernente à alegação de impenhorabilidade do transformador, a embargante não comprovou a sua indispensabilidade para o exercício das atividades empresariais, o que impede a aceitação do argumento pelo magistrado.

A respeito da suposta ausência de liquidez e certeza do título executivo, a embargante não se desincumbiu de seu ônus de infirmar a presunção de liquidez e certeza da CDA (art. 3º, LEF).

A embargada, por outro lado, trouxe aos autos cópia do AIIM (fls. 59/61), do qual emergem dados que corroboram a prática da infração administrativa assim como resulta o crédito tributário em execução.

Com efeito, o AIIM que deu origem aos créditos exequendos, foi lavrado em razão de duas infrações e da existência de imposto devido.

A primeira infração diz respeito à utilização, pela embargante, de nota fiscal inidônea em nome de CHB – Comércio de Eletro Mecânica e Repres. Ltda., para o crédito indevido de ICMS, no ano 2005, de um total de R\$ 16.500,00, com preterição de ICMS no valor de R\$ 2.970,00 (imposto devido).

No caso do ICMS, segundo o art. 155, § 2º da CF, no encadeamento das operações, o que é devido em cada operação é compensado com o montante cobrado nas anteriores.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Só que, no que tange a CHB – Comércio de Eletro Mecânica e Repres. Ltda., esta havia sido considerada inidônea nos idos do ano 2000.

Assim, as notas fiscais não conferiam o direito ao crédito de compensação.

E, em consequência, o crédito tributário exequendo, relativo ao ICMS indevidamente compensado, está satisfatoriamente comprovado.

Ante a inexistência de nota fiscal inidônea, conclui-se pela inexistência de suporte fático para possibilitar a compensação tributária, especialmente porque não restou comprovada nos autos a entrada física das mercadorias no estabelecimento da embargante ou sequer o pagamento à empresa declarada inidônea.

A solução posta nos autos encontra respaldo no julgamento proferido pelo STJ, em sede de recurso repetitivo, o qual sedimentou o entendimento no sentido de que a declaração de inidoneidade pelo Fisco só gera efeitos a partir da sua publicação, cabendo, contudo, ao contribuinte, que se creditou do imposto lançado nas notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, demonstrar a efetiva realização da operação mercantil.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. 1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, **uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada**, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998). 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante). 3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovações de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS. 5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1148444/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010)

Observe-se que, no caso acima ementado, a empresa adquirente trouxe prova documental de que o negócio jurídico com a empresa declarada inidônea efetivamente ocorreu.

Isto não houve, no caso dos autos.

A segunda infração diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória pois a embargante não apresentou ao agente fiscal o original da nota fiscal inidônea.

São duas multas punitivas e o ICMS, com encargos.

Quanto à alegação do efeito confiscatório ou desproporcionalidade das multas, segundo a CDA, trata-se de multas impostas com base no art. 527, III, "a" c/c §§ 1º e 10 do RICMS e com base no art. 527, IV, "j" c/c § 8º e 10 do RICMS.

In verbis:

Artigo 527 - O descumprimento da obrigação principal ou das obrigações acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços, fica sujeito às seguintes penalidades (Lei 6.374/89, art. 85, com alteração das Leis 9.399/96, art. 1º, IX,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

e 10.619/00, arts. 1º, XXVII a XXIX, 2º, VIII a XIII, e 3º, III):

(...) III - infrações relativas à documentação fiscal em entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadoria ou, ainda, quando couber, em prestação de serviço:

(...) a) entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação, aplicável ao contribuinte que tiver promovido entrega, remessa ou recebimento, estocagem ou depósito da mercadoria; 20% (vinte por cento) do valor da operação, aplicável ao transportador; sendo o transportador o próprio remetente ou destinatário - multa equivalente a 70% (setenta por cento) do valor da operação;

(...) IV - infrações relativas a documentos fiscais e impressos fiscais:

(...) j) extravio, perda ou inutilização de documento fiscal, bem como sua permanência fora do estabelecimento em local não autorizado ou sua não-exibição à autoridade fiscalizadora - multa no valor de 15 (quinze) UFESPs por documento;

(...) § 1º - A aplicação das penalidades será feita sem prejuízo da exigência do imposto em auto de infração e das providências necessárias à instauração da ação penal cabível, inclusive por crime de desobediência.

(...) § 8º - As multas baseadas em UFESPs - Unidades Fiscais do Estado de São Paulo: 1 - devem ser calculadas considerando-se o valor da UFESP vigente na data da lavratura do auto de infração; 2 - devem ser convertidas em reais na data da lavratura do auto de infração; 3 - se não recolhidas no prazo estabelecido na legislação, sobre o valor em reais incidirão juros de mora nos termos previstos no inciso II do artigo 565.

(...) § 10 - O valor das multas deve ser arredondado, com desprezo de importância correspondente a fração da unidade monetária.

O primeiro ponto a salientar é que tais enquadramentos estão em conformidade com o que foi constatado e consta no AIMM, não havendo elementos probatórios em sentido contrário, isto é, de que não houve as infrações.

Indo adiante, a despeito de o art. 150, IV da CF fazer referência à aplicação princípio do não-confisco apenas aos tributos, e em consequência deixar fora de seu âmbito de proteção as multas, o E. STF, em reiterados precedentes, tem entendido que a dicção constitucional comporta exegese ampliativa para alcançar também as multas, não se permitindo, em geral, multas superiores a 100% do valor do tributo: ADI 551, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Plenário, j. 24/10/2002; ADInMC 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 17.6.98; RE 91707, Rel. Min. MOREIRA ALVES, 2ªT, j. 11/12/1979; RE 632315 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2ªT, j. 14/08/2012; ARE 637717 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª, j. 13/03/2012.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Ocorre que, examinando-se os casos que ensejaram a prolação dos respectivos precedentes, constatamos que em todos eles o STF cuidou de multas moratórias desproporcionais, e não de multas punitivas como o caso em tela.

A distinção das espécies de penalidades sobressai de extrema relevância. É que no caso da multa moratória o fundamento de sua incidência é apenas o não-pagamento, enquanto que em se tratando de multa punitiva há o descumprimento de obrigação acessória do contribuinte ou responsável, infração administrativa que, normalmente, gera o efeito de burlar a arrecadação tributária. O juízo de censurabilidade que recai sobre a conduta é muito mais intenso.

Sob tal linha de raciocínio, quer-se destacar que as premissas que levaram o STF a estender a aplicação do princípio do não-confisco às multas moratórias não se aplicam às multas punitivas. Estas tem o propósito de reprimir a infração administrativa e prevenir a sua reiteração, daí porque é natural que o seu valor seja mesmo expressivo, de modo a efetivamente impactar psicologicamente o infrator para desestimulá-lo. Assim, no caso específico das multas punitivas, o princípio do não-confisco deve ser afastado.

Nesse sentido, a doutrina: "... multa não é tributo, é penalidade ... não existe vedação constitucional ao confisco do produto de atividade contrária à lei, como se vê ao ler o art. 243 da Constituição Federal em vigor. Desta forma, a aplicação de multa ao autor do ilícito fiscal, ainda que possa, por hipótese, reduzi-lo à insolvência, é lícita, pois a lei destina-se a proteger a sociedade, não o patrimônio do autor do ilícito." (BOITEUX, Fernando Netto. A multa de ofício, a Lei nº 9.430/96 e o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. RDDT 120/60, set/05)

Isso não significa que o legislador esteja absolutamente livre ao estipular o valor das multas punitivas. O postulado da proporcionalidade emerge, sempre, como parâmetro de controle constitucional. Mas, sem dúvida, a liberdade de conformação do legislador é maior. Quer dizer: sobre as leis que cominam multas punitivas não há o óbice do princípio do não-confisco, mas o Poder Judiciário deve exercer controle de proporcionalidade, todavia há de fazê-lo com o cuidado de somente afastar a incidência das multas punitivas cujo valor extrapole manifestamente os propósitos repressivos e preventivos de sonegação fiscal. O ônus argumentativo do contribuinte é majorado.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Quanto ao caso em tela, trata-se de multas punitivas de valor expressivo.

Todavia, considerada a gravidade das infrações e o seu impacto sobre a fiscalização e arrecadação tributária - utilização de nota fiscal inidôneas, perda de documento original - não se revelam desproporcionais tais multas – 50% do valor da operação num caso, 15 UFESPs no outro -, mormente se respeitada a liberdade conformativa do legislador.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos à execução e **CONDENO** a embargante nas custas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, considerado o trabalho do causídico da parte contrária e o valor do crédito que se pretendia extirpar, em R\$ 2.000,00.

P.R.I.

São Carlos, 10 de março de 2014.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA