



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1001714-07.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal - Extinção da Execução**
 Embargante: **Inbracel Industria Brasileira de Centrifugacao Ltda.**
 Embargado: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

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

INBRACEL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE CENTRIFUGAÇÃO LTDA opõe (fls. 01/09 com emenda às fls. 22/43) embargos à execução que lhe move a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Alega (a) fragilidade da apuração efetivada pelo fisco, mesmo porque não realizado o imprescindível levantamento fiscal específico, não havendo prova, portanto, da infração tributária, o que conduz à ausência de certeza e liquidez do débito (b) abusividade da multa, por seu efeito confiscatório e desproporcionalidade (c) a sua boa-fé quando da contratação com a empresa posteriormente declarada inidônea, sendo que a declaração de inidoneidade foi posterior às transações comerciais (d) inconstitucionalidade dos juros moratórios previstos na legislação estadual. Sob tais fundamentos, pede a extinção da execução fiscal.

Os embargos foram recebidos, com efeito suspensivo (fls. 68).

A embargada apresentou impugnação (fls. 74/113) alegando (a) má-fé da embargante na utilização de notas fiscais de empresa declarada inidônea, vez que esta última jamais existiu de fato, tendo sido constituída fictamente com o único propósito de lesar o erário, demonstrando-se que jamais existiram, de fato, as transações comerciais a que aludem as notas fiscais (b) a multa não ostenta caráter confiscatório (c) ausência de inconstitucionalidade da lei estadual que disciplina, para o caso, os juros moratórios.

A embargante ofertou réplica (fls. 116/121).

É o relatório. Decido.

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.

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).

O AIIM que deu origem aos créditos exequendos (fls. 51/53) foi lavrado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

em razão das seguintes infrações (a) uma infração pelo creditamento indevido de imposto relativamente a notas fiscais de entrada de mercadorias emitidas por empresa declarada inidônea pelo fisco após a apuração de que se tratava de empresa simulada, inexistente de fato, frisando-se que a embargante, notificada a comprovar a efetiva existência das operações comerciais identificadas nas notas fiscais, não se dignou sequer a responder (b) duas infrações pelo recebimento e estocagem de mercadorias, uma em agosto e outra em dezembro de 2009, cujas notas fiscais foram emitidas em nome da empresa simulada, acima referida.

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 e recolhido nas anteriores.

Só que, no que tange à empresa LIX DO BRASIL COMERCIAL DE MATERIAIS TLDA, observamos que, conforme regular apuração administrativa, trata-se de empresa que efetivamente jamais entrou em atividade, foi concebida para fraudar o erário, conforme fls. 59/66.

Tem-se então que as notas fiscais não conferiam o direito ao crédito de compensação; em consequência, o crédito tributário relativo ao ICMS indevidamente compensado, está satisfatoriamente comprovado.

Ante a existência de nota fiscal inidônea, conclui-se pela inexistência de suporte fático para possibilitar a compensação, especialmente porque não restou comprovada nos autos a entrada física das mercadorias no estabelecimento da embargante a partir da empresa indicada como emitente, 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


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes 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.

Inequívoca, pois, a infração consistente no creditamento indevido, capitulada no art. 527, II, "c" do RICMS.

De outra sorte, não se pode dizer o mesmo quanto às infrações consistentes em no recebimento e estocagem de mercadorias, uma em agosto e outra em dezembro de 2009, cujas notas fiscais foram emitidas em nome da empresa simulada, acima referida.

Essas infrações estão no Item II e III do AIIM (fls. 51/53).

À embargante é atribuída, neles, a infração de receber mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil, prevista no art. 85, III, "a" da Lei Estadual nº 7.374/89 e art. 527, III, "a" do RICMS.

Ora, a documentação fiscal inábil a que dizem respeito essas infrações é precisamente a mesma que foi considerada para a atuação da embargante no Item I do AIIM, em relação à infração de creditamento indevido de ICMS.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Com todas as vênias à fazenda estadual, as infrações II e III não devem ser aceitas, eis que as condutas de receber as mercadorias faz parte do *iter criminis* da infração de creditamento indevido. Esta última absorve as primeiras. Há *bis in idem*, e a consequência prática disso é não há liquidez e certeza a propósito do cometimento dessas infrações.

Cumprido frisar que o próprio Tribunal de Impostos e Taxas da Fazenda Estadual sufraga esse entendimento:

ICMS. INFRACÃO RELATIVA AO CRÉDITO DO IMPOSTO CUMULADA COM INFRACÃO RELATIVA A DOCUMENTAÇÃO FISCAL NO RECEBIMENTO DE MERCADORIA. SUPOSTAS AMBAS NO MESMO CONJUNTO DE DOCUMENTOS INIDÔNEOS. ABSORÇÃO. INADMISSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO. I - Considerado o mesmo conjunto de notas fiscais inidôneas. a apropriação indevida de crédito do imposto é fato punível que absorve o recebimento de mercadoria desacompanhada de documento fiscal. Precedentes. II - Recurso parcialmente conhecido - e nesta parte provido. Vencida a I. Juíza relatora que conhecia do Recurso. negando-lhe provimento". DRT-1.A 3736/97. Resp. julgado em sessão de 5/09/2006. DOE de 07.10.2006

Somente prevalece, pois, a infração de creditamento indevido.

Quanto à alegação do efeito confiscatório ou desproporcionalidade da multa punitiva relativa à infração aqui reconhecida, trata-se de multa imposta com base no art. 527, II, "c" 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, e 10.619/00, arts. 1º, XXVII a XXIX, 2º, VIII a XIII, e 3º, III):

(...) II – infrações relativas ao crédito do imposto:

(...) c) crédito do imposto, decorrente de entrada de mercadoria no estabelecimento ou de aquisição de sua propriedade ou, ainda, de serviço tomado, acompanhado de documento que não


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

atender às condições previstas no item 3 do § 1.º do artigo 59 - multa equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor indicado no documento como o da operação ou prestação, sem prejuízo do recolhimento da importância creditada;

O primeiro ponto a salientar é que tal enquadramento, como visto, está em conformidade com o que foi constatado e consta no AIMM, não havendo elementos probatórios em sentido contrário, isto é, de que não houve a infração.

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.

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


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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.

Quanto ao caso em tela, trata-se de multa punitiva de valor expressivo.

Todavia, considerada a gravidade da infração e o seu impacto sobre a fiscalização e arrecadação tributária - utilização de nota fiscal inidônea - não se revela desproporcional a penalidade, de 35% do valor da operação, mormente se respeitada a liberdade conformativa do legislador.

Prossegue-se aos juros moratórios.

Os juros moratórios, a partir de 23/12/09, foram calculados diariamente na forma da Lei nº 13.918/2009 e Resoluções da Secretaria da Fazenda.

Ocorre que o Órgão Especial do TJSP, em 27.02.13, acolheu em parte a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, relativa aos arts. 85 e 96 da Lei Estadual n. 6374/89 com a redação da Lei Estadual n. 13.918/09, à vista da decisão de 14.04.10 do STF na ADI n. 442/SP, no sentido de que a regra do art. 113 da Lei Estadual n. 6374/89 deve ser interpretada de modo a que a UFESP não exceda o valor do índice de correção monetária dos tributos federais.

Trata-se de interpretação conforme a CF.

O TJSP afirmou que o Estado pode estabelecer os encargos incidentes sobre seus créditos fiscais mas, por se tratar de competência concorrente, nos termos do artigo 24, I e § 2º da CF, não pode estabelecer índices superiores aos da União Federal na cobrança de seus créditos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ad exemplum, é inválida a taxa de 0,13% ao dia definida na lei estadual vigente, se superior à Selic (que é utilizada pela União Federal).

Em síntese: a taxa de juros moratórios estadual não pode exceder aquela incidente na cobrança das dívidas federais.

À luz do que foi dito, evidente que se a taxa de juros estadual for inferior à federal, prevalece a primeira nos débitos estaduais, pois os índices federais funcionam como limite apenas.

Neste ponto, tem razão a embargante.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **ACOLHO EM PARTE** os embargos para (a) **EXCLUIR** do objeto da execução os valores que estão sendo cobrados com fundamento nas infrações indicadas nos Itens II e III do AIIM de fls. 51/53, ante a inexistência de certeza e liquidez de tais débitos (b) **LIMITAR** a taxa de juros moratórios aplicada ao crédito objeto da execução fiscal à taxa de juros moratórios utilizada pela União Federal na cobrança de seus créditos.

Ante a sucumbência parcial e igualmente proporcional, compensam-se integralmente os honorários advocatícios e a fazenda estadual reembolsará à embargante 50% das custas e despesas por esta recolhidas no bojo destes embargos.

P.R.I.

São Carlos, 18 de setembro de 2015.

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