



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 Físico nº: **0009802-85.2014.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução - Efeito Suspensivo / Impugnação / Embargos à Execução**
 Embargante: **Novo Tempo Revenda de Combustíveis Ltda e outro**
 Embargado: **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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

NOVO TEMPO REVENDA DE COMBUSTÍVEIS LTDA e RODRIGO DOS SANTOS CARVALHO opõem embargos às execuções que lhes move a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Observam que as execuções tem origem em AIIMs nos quais a embargada concluiu que a embargante recebeu combustíveis acompanhados de documentação fiscal inábil, pois as empresas vendedoras teriam sido consideradas inidôneas pela fiscalização estadual. Sustentam, porém, **que as operações com as referidas empresas efetivamente ocorreram, assim como ingresso de mercadorias e o pagamento do respectivo preço**, fatos que teriam sido reconhecidos pela fazenda estadual. As declarações de inidoneidade foram posteriores às operações. Nesse sentido, argumentam que é aplicável ao caso a Súm. 509 do STJ, segundo a qual "é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra". Aduzem, ainda, **que a multa aplicada no Item II.2 do AIIM nº 3.121.888 deve ser relevada**, porque a infração não gerou prejuízo ou embaraço à fiscalização. Defendem a **impossibilidade de incidência de atualização monetária e juros sobre a multa**. Invocam a **inconstitucionalidade dos juros moratórios** aplicados. Quanto ao embargante Rodrigo dos Santos Carvalho, afirmam **que a sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal foi indevida**.

A embargada ofertou impugnação (fls. 62/88), sustentando a legalidade e correção das autuações, a responsabilidade pessoal do embargante pelos débitos, a legalidade e legitimidade dos encargos cobrados.

Houve réplica (fls. 275/277).

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC c/c art. 17, parágrafo único da LEF, vez que a prova documental é suficiente para a solução da controvérsia.

A prova pericial requerida pelos embargantes é prescindível, vez que para o julgamento basta a análise dos documentos apresentados.

Quanto às requisições solicitadas às fls. 281/282, devem ser indeferidas, por três razões. A primeira: cópias de declarações das empresas vendedoras, de atos administrativos que implicaram a cassação delas, das publicações no DJ relativas às cassações, e das autorizações para a impressão de documentos fiscais, são irrelevantes. A segunda: a requisição integral dos processos administrativos relativos aos AIIMS não são importantes, pois a embargada instruiu a impugnação com os documentos pertinentes daqueles autos e, ademais, tais processos administrativos são acessíveis aos embargantes, que poderiam e deveriam ter instruído, se a prova lhes convinha, a inicial com tais documentos. Com efeito, a CDA goza dos atributos de liquidez e certeza e compete à parte contrária ilidi-los (art. 3º, LEF). A prova em questão era de fácil produção aos embargantes, bastaria que administrativamente tivessem obtido as cópias do processo administrativo e com elas instruído os embargos (art. 41, LEF). A terceira: a prova importante para o deslinde do feito, que diz respeito à efetiva ocorrência das operações a que referem as notas fiscais, somente poderia ser produzida com documentos que porventura estivessem na posse dos embargantes, de modo que todos aqueles cuja requisição se pede são



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

desnecessários.

A *priori*, esclareço que a inicial alude, como objeto destes embargos, às execuções 0011806-37.2010, 0011807-22.2010, 0019693-72.2010, 0008626-47.2009, 0005506-25.2012, e 0014925-35.2012.

Todavia, este magistrado constatou que as execuções 0005506-25.2011 e 0014925-35.2012 são independentes das demais e não estão apensadas àquelas, de modo que devem ser excluídas do objeto dos presentes embargos, mesmo porque verifiquei que, em relação a essas duas mencionadas, os embargantes opuseram embargos próprios, com o nº 1008275-47.2015.8.26.0566.

O objeto destes embargos recai, portanto, sobre os seguintes processos de execução fiscal e AIIMs:

| PROCESSO | AIIM |
|-----------------|----------------------------|
| 0011806-37.2010 | 3.121.888-0 (fls. 193/207) |
| 0011807-22.2010 | 3.109.019-9 (fls. 208/238) |
| 0019693-72.2010 | 3.112.660-1 (fls. 171/192) |
| 0008626-47.2009 | 3.074.007-1 (fls. 251/269) |

A alegação de intempestividade é repelida pelos fundamentos da decisão de fls. 206 da execução 0011806-37.2010, *in verbis*:

"Fls. 175/176: O executado compareceu espontaneamente aos autos (em 07/04/14), para requerer a conversão do arresto em penhora e, após, a sua intimação para a oposição de embargos, do que discordou a FESP (fls. 181), aduzindo que o prazo para embargos já se escoou.

O executado foi intimado do arresto em 13 de março de 2014 (certidão fls. 172). Constou do Termo de Arresto (fls. 168) que ele teria o prazo de 30 dias para oferecer embargos, contados da intimação da penhora.

Ocorre que, de fato, não houve conversão do arresto em penhora e, embora a exequente tenha requerido a citação por edital (fls. 100), esta não se consumou. É certo que já poderia ter ficado consignado no edital que o arresto, em caso de não pagamento, automaticamente seria convertido em penhora, mas isso não ocorreu, já que o edital sequer foi expedido.

Sendo assim, ainda que tenha havido o comparecimento espontâneo, data em que o executado é considerado citado (07/04/14), não é possível considerar que, automaticamente, decorrido o prazo a que se refere o artigo 654, o arresto foi convertido em penhora, pois não há previsão expressa nesse sentido, para esta hipótese, e não ficou consignado em edital ou intimação do executado, que assim se daria.

Ante o exposto, determino a conversão do arresto em penhora, averbando-se pelo sistema Arisp e, após, a intimação do executado e de seu patrono, para o oferecimento de embargos, se o caso.

Defiro a exclusão de João Valmir de Carvalho do polo passivo deste execução e apensos, conforme requerido a fls. 181. Proceda-se às anotações e comunicações necessárias."

Ingressa-se no mérito dos embargos.

O primeiro ponto a observar é que, ao contrário do alegado pelos embargantes, a embargada não reconheceu, nos AIIMs, que as operações com as empresas inidôneas efetivamente ocorreram.

O fato de haver mercadorias no estabelecimento da embargante e de essas notas fiscais terem sido apresentadas a *título de comprovação* das operações respectivas, não significa que as operações respectivas *efetivamente* foram travadas com as empresas supostamente emitentes das notas fiscais inidôneas, tendo em vista a própria inidoneidade.

A leitura dos AIIMs (fls. 171/192, 193/207, 208/238, 251/269) mostra-nos que, em verdade, que a embargante utilizou documentos *falsificados* na tentativa de legitimar/regularizar as aquisições de combustíveis, ou *apresentou notas fiscais de vendedoras declaradas inidôneas* após regular e exaustiva apuração fiscal, algumas inclusive atuando, no



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

mercado, de modo a *simular* operações, no propósito de fraudar o fisco.

Nesse contexto, para não ser alcançada pela autuação fiscal, devia a embargante comprovar a efetiva existência das operações, por exemplo, comprovando os contatos estabelecidos com as vendedoras, ou o próprio pagamento, o que incorreu.

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 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, 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, legítima 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


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

documental de que o negócio jurídico com a empresa declarada inidônea efetivamente ocorreu.

Isto não houve, no caso dos autos.

Quanto à **multa aplicada no Item II.2 do AIIM nº 3.121.888**, ante a efetiva violação da obrigação acessória, não se deve nem pode falar em relevação da penalidade, argumento este sem qualquer fundamento e que ofende o princípio da legalidade, não havendo necessidade de efetivo prejuízo à administração tributária, para que se imponha a multa punitiva, que visa não a reparação de danos, mas a punição pela infração, inclusive com o propósito de prevenir a reincidência.

Sem fundamento a alegação de que a multa moratória não deve ser atualizada.

A atualização monetária corresponde a um simples mecanismo de recomposição da moeda. Longe de configurar um *plus*, é mera atualização do valor nominal da moeda ao seu valor real.

Cumprir registrar a advertência do eminente jurista e ex-ministro do STF, Carlos Ayres Britto, que, em artigo acadêmico, frisou deve a correção monetária ser compreendida como verdadeiro instituto de direito constitucional, como fator de equilíbrio econômico-financeiro, impeditivo de dano material e correlato enriquecimento sem causa (AYRES BRITTO, Carlos. O regime constitucional da correção monetária. Revista de Direito Administrativo. Vol. 203. Jan/Mar 1996).

E, avançando em tal entendimento, o mesmo ministro, ao proferir seu voto na ADIn 4.357/DF, na qual foi julgada parcialmente inconstitucional a EC 62/09, que tratou dos precatórios judiciais e cuidou da atualização monetária dos débitos da fazenda pública, salientou, no concernente à função desempenhada pela atualização: “(...) A finalidade da correção monetária, enquanto instituto de Direito Constitucional, não é deixar mais rico o beneficiário, nem mais pobre o sujeito passivo de uma dada obrigação de pagamento. É deixá-los tal como qualitativamente se encontravam, no momento em que se formou a relação obrigacional. Daí me parecer correto ajuizar que a correção monetária constitui verdadeiro direito subjetivo do credor, seja ele público, ou, então, privado. Não, porém, uma nova categoria de direito subjetivo, superposta àquele de receber uma prestação obrigacional em dinheiro. O direito mesmo à percepção da originária paga é que só existe em plenitude, se monetariamente corrigido. Donde a correção monetária constituir-se em elemento do direito subjetivo à percepção de uma determinada paga (integral) em dinheiro. Não há dois direitos, portanto, mas um único direito de receber, corrigidamente, um valor em dinheiro. Pois que, sem a correção, o titular do direito só o recebe mutilada ou parcialmente. Enquanto o sujeito passivo da obrigação, correlatamente, dessa obrigação apenas se desincumbe de modo reduzido.(...)”

Também cumpre observar a íntima ligação entre a correção monetária e o direito de propriedade, enfatizada pelo em. Min. LUIX FUX nas suas ponderações lançadas no bojo da ADIn 4.357/DF acima referida: “(...) Daí que a correção monetária de valores no tempo é circunstância que decorre diretamente do núcleo essencial do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Corrigem-se valores nominais para que permaneçam com o mesmo valor econômico ao longo do tempo, diante da inflação. A ideia é simplesmente preservar o direito original em sua genuína extensão. Nesse sentido, o direito à correção monetária é reflexo imediato da proteção da propriedade. Deixar de atualizar valores pecuniários ou atualizá-los segundo critérios evidentemente incapazes de capturar o fenômeno inflacionário representa aniquilar o direito propriedade em seu núcleo essencial. (...)”

Nessa linha de raciocínio, afasta-se a argumentação dos embargantes.

No concernente aos juros moratórios, 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



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

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, importando na impossibilidade de o Estado estabelecer encargos sobre seus créditos fiscais superiores aos da União Federal quanto a seus créditos, por tratar-se competência concorrente (art. 24, I e § 2º da CF).

Síntese: a taxa de juros moratórios estadual não pode exceder aquela incidente na cobrança das dívidas federais. Hoje, a taxa que incide nas dívidas federais é a SELIC, sendo esta, então, o limite.

Por outro lado, cumpre frisar que a cobrança de juros inconstitucionais não leva à nulidade de todo o lançamento tributário, gerando, tão-somente, a necessidade de, em razão do excesso, os juros serem reduzidos, prosseguindo-se com a execução.

Como observado pelo STJ em caso análogo: "(...) A simples declaração de inconstitucionalidade não afeta, de modo apriorístico, a certeza e liquidez da CDA, podendo atingir, se muito, o quantum a ser executado em face da redução proporcional do valor do título. Portanto, não pode o juiz, nesse caso, extinguir a execução de ofício, porque, ainda que inexigível parte da dívida, esse fato não configura condição da ação ou pressuposto de desenvolvimento válido do processo. (...) (REsp 1196342/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 10/12/2010)

Com efeito, deve ser aproveitado o título executivo, eis que destacável o valor indevido, mediante simples apuração aritmética, sem perda de liquidez e certeza.

Nesse sentido, ainda, o REsp 1115501/SP, Rel. MIn. LUIZ FUX, 1ªS, j. 10/11/2010, no qual são citados inúmeros precedentes daquele tribunal, com a mesma orientação.

Por fim, em relação à alegação da ilegalidade do redirecionamento do executivo fiscal contra o embargante pessoa física, não assiste razão aos embargantes.

O art. 135, inc. III do CTN prevê que "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos ... os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

A hipótese de encerramento irregular da pessoa jurídica deve ser compreendida como situação que conduz à responsabilidade pessoal do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica porque o encerramento irregular configura manifesta infração à lei, mais especificamente às regras de direito civil e empresarial que regem o modo pelo qual o encerramento da pessoa jurídica deve se dar, qual seja, a dissolução ou liquidação de sociedades, cuja realização na forma prevista em lei é imperiosa inclusive para resguardar o interesse de credores.

A este respeito, oportuna a lição doutrinária: "Os preceitos legais sobre a dissolução-procedimento visam, de um lado, assegurar a justa repartição, entre os sócios, dos sucessos do empreendimento comum, no encerramento deste; e, de outro, a proteção dos credores da sociedade empresária. Em razão desse segundo objetivo, se os sócios não observaram as regras estabelecidas para a regular tramitação do sujeito artificial, respondem pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Em outros termos, se eles simplesmente paralisam a atividade econômica, repartem os ativos e se dispersam (dissolução de fato), deixam de cumprir a lei societária, e incorrem em ilícito. Respondem, por isso, por todas as obrigações da sociedade irregularmente dissolvida." (COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 2. 11ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2008. pp. 453)

Assim, havendo indícios de encerramento irregular, autoriza-se o redirecionamento da execução fiscal para as pessoas físicas dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica.

Os indícios de encerramento irregular podem decorrer tanto de certidão do oficial



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

de justiça atestando o encerramento após diligências realizadas por ele próprio (EResp 716412/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2007, DJe 22/09/2008) ou mesmo de não-localização da empresa no endereço constante dos registros empresariais ou fiscais (Súm. 435, STJ: "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").

Assim, tendo em vista a certidão do oficial de justiça de fls. 26 dos autos 11806-37.2010, inequívoco que, no caso em tela, a pessoa jurídica deixou de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, e ademais não houve o regular encerramento, nos termos da lei civil.

O fato atrai a responsabilidade de Rodrigo dos Santos Carvalho que, conforme fls. 31 dos autos já mencionados, era sócio e administrador à época do encerramento.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, ACOLHO EM PARTE os embargos para 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.

Como a embargada decaiu de parte mínima do pedido, condeno os embargantes nas custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, em R\$ 2.000,00, considerado o valor do débito e a complexidade da causa.

P.R.I.

São Carlos, 24 de setembro de 2015.

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