



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: **1004691-69.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal - Extinção do Crédito Tributário**
 Embargante: **Companhia Brasileira de Distribuição**
 Embargado: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

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

COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO opõe embargos à execução fiscal que lhe move a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Foi autuada no AIIM nº 3.150.474-1, porque teria se creditado indevidamente de ICMS, vez que os valores lançados a título de ressarcimento do imposto não foram elaborados na forma da Portaria CAT 17/99, e seriam divergentes dos apurados pelo fisco. Sustenta (a) decadência parcial do crédito tributário (b) inocorrência da conduta infracional, mesmo porque foi baseada em declaração feita pela própria embargante, sem a consideração, pelo fisco, de outra declaração indicando os valores ressarcíveis, em descompasso com o princípio da indivisibilidade da confissão (c) ilegalidade da capitulação e caráter confiscatório da multa punitiva (d) inconstitucionalidade da taxa de juros aplicada, assim como dos termos iniciais de incidência considerados (seja em relação ao crédito tributário, sejam em relação aos juros moratórios incidentes sobre a multa).

A embargada ofertou impugnação (fls. 582/630) sustentando a impossibilidade de conhecimento dos embargos, vez que não está garantido o juízo, assim como a inadmissibilidade de atribuição de efeito suspensivo. Alega (a) inocorrência da decadência (b) a atividade fiscal foi legítima e regular, assim como a embargante não comprovou, no processo administrativo, que faria jus ao ressarcimento de crédito que unilateralmente lançou (c) no processo administrativo constatou-se que as irregularidades estão nas GIAs, pois os valores nelas lançados não encontram suporte na documentação apresentada (d) ausência de multa confiscatória (e) constitucionalidade do índice dos juros moratórios, aplicados na forma da lei estadual de regência.

Houve réplica (fls. 633/648).

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC c/c art. 17, parágrafo único da LEF, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas.



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

Saliente-se que o pedido de perícia deve ser indeferido, vez que nestes o que se examina é a legalidade do procedimento de lançamento, e para tanto não há pertinência na perícia. É que, como veremos abaixo, a conduta da fazenda foi regular porque era necessária a apresentação de determinadas provas documentais, no processo administrativo, e que não foram apresentadas pela embargante. Com tal omissão, não foi possível aceitar os ressarcimentos que haviam sido unilateralmente escriturados e contabilizados pela embargante. Consequentemente, os ressarcimentos foram afastados, lançando-se então o tributo decorrente da sua extirpação. Veja-se: não se cuida de análise contábil supostamente incorreta que torne necessária uma segunda averiguação contábil por perito judicial. Cuida-se, isso sim, de comprovação documental que não foi produzida, e para a averiguação disso é de todo despicienda a perícia.

O juízo está satisfatoriamente garantido, vez que, nos autos da execução, após recusada a fiança bancária que foi apresentada na cautelar, a executada-embargante contratou seguro garantia conforme fls. 168/171 dos autos principais. Sobre essa oferta, verificou este magistrado, para a prolação da sentença, que até o momento não se manifestou a exequente-embargada, todavia, em análise jurídica, não se vê razão para a recusa, ante o disposto no art. 7º, II da LEF, com a redação dada pela Lei nº 13.043/14 – norma de cunho processual, aplicável aos processos em curso.

O efeito suspensivo deve ser mantido, porquanto a execução, como dito acima, está garantida, e porque há relevância, ainda que parcial, nos fundamentos dos embargos. O prosseguimento da execução poderá trazer dano irreparável ou de difícil reparação à embargante.

Ingressa-se no mérito dos embargos.

A alegação de decadência parcial deve ser rejeitada.

O STJ entendia (REsp 973189/MG; AgRg no AREsp 76.977/RS; AgRg no REsp 1199262/MG) que, no caso de creditamento indevido de ICMS pelo contribuinte, o lançamento da diferença seria de ofício, daí porque o prazo decadencial seria contado na forma do art. 173, I do CTN.

Todavia, a partir do AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ªS, j. 26/10/2011, passou-se a julgar que, em regra, no caso de creditamento indevido, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, com duas exceções: se o creditamento abarca todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, ou se, embora haja saldo a pagar, o pagamento



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

não é realizado.

A mudança de posição jurisprudencial foi posteriormente reafirmada (AgRg no REsp 1238000/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ªT, j. 19/06/2012; EDcl no AgRg no AREsp 80.414/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ªT, j. 02/10/2012; AgRg no REsp 1318020/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ªT, j. 15/08/2013), e corresponde a uma aplicação da tese mais ampla firmada no REsp 973.733/SC, repetitivo (art. 543-C do CPC) sob a relatoria do Min. LUIZ FUX que sedimentou o entendimento de que o art. 173, I do CTN aplica-se (a) nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação, ou (b) quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte.

O caso, aqui, é da hipótese "b" acima, em que, embora tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se a regra do art. 173, I do CTN. O raciocínio que a fundamenta é o seguinte: como não há pagamento algum, não há o que homologar, de modo que não se adota a regra do art. 150, § 4º, e sim a norma geral do art. 173, I do CTN.

Em caso de creditamento indevido, o que determina o modo de se contar o prazo decadencial, então, é a ocorrência ou não de pagamento do imposto, ainda que parcial.

Na hipótese dos autos, não se comprovou qualquer pagamento, posto que parcial, de maneira que o prazo conta-se em conformidade com o disposto no art. 173, I do CTN.

Cumprir notar: ao contrário do alegado pela autora, os creditamentos que foram efetuados, a título de compensação, não são considerados "pagamento parcial" para atrair o sistema do art. 150, § 4º. Isso resulta claro dos julgados acima mencionados pelo juízo, que não enxergam qualquer equivalência.

Afasta-se, pois, a decadência.

A conduta infracional deve ser reconhecida, rejeitando-se a alegação da autora no sentido de que teria havido presunção ou ilícita consideração de confissão de modo divisível.

O contribuinte que escritura e lança ressarcimentos do imposto deve resguardar-se e manter prova documental hábil à comprovação do direito ao ressarcimento. Isso não ocorreu no caso concreto, seja no processo administrativo, seja no judicial.

O AIIM foi lavrado pela falta de comprovação de regularidade dos



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

créditos de ICMS, e, apesar da reiteração das notificações, feitas pelo posto fiscal, para a apresentação da prova necessária, isso não ocorreu. Frise-se que as notificações indicavam os documentos necessários, confira-se fls. 186.

Ao contrário do alegado pela autora, não se pode afirmar que os arquivos magnéticos foram desconsiderados no âmbito administrativo. O que ocorreu, segundo vemos no procedimento administrativo, foi a insuficiência de documentos que possibilitassem a verificação, pelo fisco, a propósito da regularidade do quanto foi lançado pela autora.

Não se tratou de decisão arbitrária. Tanto que, em certo momento, o processo foi convertido em diligência para o autor da autuação examinar os (insuficientes) documentos e arquivos apresentados, fls. 253.

A análise dos documentos vem bem retratada às fls. 261/263, onde lemos as seguintes passagens dignas de nota:

"(...) Na verificação fiscal que regularmente é realizada para aferir a correção de procedimentos adotados por contribuintes, e em especialmente nesses casos de ressarcimento de imposto retido a maior, não apenas o arquivo magnético de controle de estoque é necessário para atestar a legitimidade dos valores creditados. O fisco necessita verificar notas e cupons fiscais, livros fiscais, controles ou demonstrativos pertinentes, mesmo que por amostragem ou envolvendo quantidade entendida necessária pelo Agente Fiscal de Rendas para que se convença da regularidade e correção da apuração efetuada pelo contribuinte, no que se refere à legitimidade, lançamento e apuração do imposto a ser complementado ou ressarcido.

É de se frisar que o contribuinte foi notificado e renotificado a comprovar, por meio dos arquivos eletrônicos previstos na Portaria CAT 17/1999 e demais documentos fiscais relativos às operações correspondentes, a regularidade dos montantes creditados.

Em sua defesa, o contribuinte juntou nova mídia ótica, contendo os arquivos eletrônicos, além de outros contendo os modelos "1" e "3" em formato de impressão (.txt). Mais nada foi apresentado. Embora tais arquivos deveriam ser entregues em cumprimento às notificações expedidas, com o objetivo de


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

exaurir todas as possibilidades analíticas desta diligência e de combater eventuais argumentos da defesa, bem como para honrar a determinação do Órgão Julgador de 1ª Instância, averiguou-se a possibilidade de uso das informações prestadas para a comprovação dos montantes creditados. Verificou-se que os arquivos trazidos na nova mídia apresentada eram idênticos àqueles apresentados quando da fiscalização. Além disso, o contribuinte continuou consignando nos Relatórios 'Modelo 3', bem como no 'Modelo 1' parte das operações de saída sujeitas a Substituição Tributária, evidenciando que pode ter deixado de incluir operações que não resultariam em ressarcimento, o que torna a operação ilíquida. Relativamente à validação dos arquivos entregues, verificamos, durante a conferência, a ocorrência de avisos (298) e rejeições de registros e alertas (684), que revelaram inconsistências e dados incompletos nos arquivos apresentados, não cumprindo, deste modo, o disposto no referida Portaria CAT.

(...)

Ocorre que nem durante o desenvolvimento da fiscalização, e nem nas protocolizações de defesa e recurso, foi apresentada a totalidade da documentação solicitada. Nenhuma memória fiscal ou fita-detalle relativa aos ECFs que registram as vendas para consumidor final foi apresentada, bem como qualquer esclarecimento a respeito. Foram apresentadas uma pequena quantidade de notas fiscais de entradas (compra de mercadorias e de transferências efetuadas pelo seu Centro de Distribuição) e algumas notas de saída Modelo 1 (relativas à devolução de mercadorias, e transferências para outros estabelecimentos da empresa). Não há como atestar a liquidez e certeza dos valores envolvidos sem analisar se as operações de entradas e das saídas com ICMS retido encontram-se regulares e se estão corretamente transcritas nos demonstrativos de controle de estoques. Caso a autuada possua os documentos que comprovam a regularidade dos lançamentos efetuados, os mesmos não foram apresentados ao fisco.



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

(...)

Não é possível atestar a regularidade dos valores de ressarcimento lançados/apurados no Controle de Estoque se não são apresentados para conferência os documentos fiscais que deram origem àqueles lançamentos, lembrando que nenhum documento fiscal de saída, no caso única e exclusivamente os cupons fiscais / memórias Fitas-Detalhe, fio apresentado pelo contribuinte. (...)."

Nesse panorama, acertada a decisão de fls. 267/296, que inclusive frisou e demonstrou (conforme fls. 271) (a) a impropriedade do procedimento da autora se somente gerar arquivos magnéticos após as notificações e pretender que o quanto lançado em tais arquivos seja presumido lícito pelo fisco, sem que sejam apresentados os documentos que dariam suporte ao quanto lançado (b) os equívocos nos arquivos magnéticos (fls. 272) que impedem sejam simplesmente validados, vez que as informações lançadas não comprovam a efetividade das operações supostamente realizadas e que dariam o direito ao ressarcimento.

A síntese é que a autora não comprovou o fato que dá direito ao ressarcimento que foi por si lançado, vg. que o fato gerador posterior à retenção e que deu suporte a ela não ocorreu ou que ocorreu em valor inferior ao que serviu de parâmetro para a retenção.

Não estamos diante de um mero descumprimento de obrigações acessórias, e sim diante de um descumprimento de obrigações acessórias cuja consequência é inviabilizar a demonstração, pelo interessado, a efetiva ocorrência dos fatos que dariam direito ao ressarcimento.

Prosseguindo, alega a autora a ilegalidade ou inconstitucionalidade da infração fiscal inscrita na alínea "j" do inciso II do artigo 527 do RICMS, ante a utilização, pela norma administrativa, de linguagem vaga, referindo-se a "hipóteses não previstas nas alíneas anteriores" o que feriria o princípio da legalidade tributária.

Friso, por oportuno, num primeiro momento, que a norma administrativa apenas reproduz a dicção legal, vez que a mesma infração está tipificada no art. 85, II, "j" da Lei nº 6.374/89.

No mais, no caso a autora recortou uma passagem do dispositivo, alterando o conteúdo da norma, vez que a alínea "j" tem o seguinte teor: "crédito indevido do imposto, em hipótese não prevista nas alíneas anteriores, incluída a de



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

falta de estorno - multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do crédito indevidamente escriturado ou não estornado, sem prejuízo do recolhimento da respectiva importância".

Ora, vê-se que está razoavelmente delimitada a conduta e o trecho "em hipótese não prevista nas alíneas anteriores" tem apenas o propósito de ressaltar a subsidiariedade da infração, fenômeno que ocorre até mesmo na âmbito penal, por exemplo nos arts. 132, 154-A, § 3º, ou 163, parágrafo único, II, todos do CP.

Quanto à alegação do efeito confiscatório ou desproporcionalidade das multas, é incontroverso nos autos tratar-se de multa punitiva.

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.


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

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. 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 multas punitivas de valor expressivo, de 100% do valor creditado indevidamente.

Todavia, a autora não demonstrou a desproporcionalidade em concreto, considerada a inobservância de obrigação acessória que amparou a sua incidência, mormente se tivermos presente que o creditamento indevido constitui um ato unilateral efetuado pelo contribuinte, que lhe assegura (ao menos momentaneamente) um crédito contabilizado, com vantagens financeiras inequívocas, cuja inconsistência somente é percebida, muitas vezes, nos casos não tão comuns de fiscalizações específicas do fisco, após decorridos uns bons anos, o que justifica o percentual previsto na legislação.

Quanto 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 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.



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

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.

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.

Tem razão, no ponto, a autora.

Alude a autora, ainda, à suposta ilegalidade no termo inicial fixado, no AIIM, para a incidência dos juros moratórios sobre os tributos, vez que deve corresponder ao dia subsequente ao do vencimento.

Sem fundamento a pretensão, tendo em vista que, nos termos do art. 96, I, "c" da Lei Estadual nº 6.374/89, os juros de mora sobre o imposto, no caso de tributo exigido em auto de infração, em se tratando de infração da alínea "j" do inciso II do artigo 85 da lei, incidem "a partir do mês em que, desconsiderada a importância creditada, o saldo tornar-se devedor".

Não se demonstrou a ilegalidade do critério, nem que ele não tenha sido utilizado in casu. Quanto ao art. 161, caput do CTN, também não se demonstrou que não esteja sendo observado, vez que, logicamente, o ICMS que não foi pago venceu à época em que, indevidamente, foi creditado o ressarcimento.

Por fim, argumenta a demandante a incorreção do termo inicial fixado para a incidência dos juros de mora sobre a multa, os quais, nos termos dos arts. 85, § 9º, e 96, II da Lei Estadual nº 6.374/89, correm a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração, sendo ilegal, então, o § 4º do art. 565 do RICMS.

Acertado e válido o raciocínio.

O art. 85 da Lei nº 6.374/89 é que prevê as infrações e penalidades no âmbito do ICMS, no Estado de São Paulo, e seu § 9º estabelece que as multas devem ser calculadas sobre os valores básicos (nominais) atualizados, observando-se ainda o disposto no art. 96 da mesma lei.

O art. 96 não trata da atualização, e sim dos juros.



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

Temos, portanto, que o art. 85 menciona que deverá haver a atualização dos valores nominais das multas e, além disso, também incidirão juros, estes na forma do art. 96.

Ora, o art. 96, II preceitua que o montante da multa aplicada nos termos do art. 85 fica sujeito a juros de mora, que incidem "a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração".

Conjugados os dispositivos, tem-se então que (a) o valor básico da multa deve ser atualizado (b) e também devem incidir juros moratórios, entretanto estes possuem, como termo inicial, o segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.

À luz dessa normativa legal, resulta claro que o § 4º do art. 565 do RICMS, na redação dada pelo Decreto nº 55.437/2010, extrapolou o poder regulamentar, ao dispor que "a atualização do valor básico para cálculo da multa prevista no artigo 527 será efetuada mediante a aplicação da taxa prevista neste artigo [taxa de juros], até a data da lavratura".

Com efeito, antes do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração a lei proíbe a incidência de juros moratórios, e o simples fato de o decreto afirmar que a taxa de juros aplicada está incidindo como atualização monetária não altera a natureza das coisas, ante a função distinta de cada índice e instituto, no sistema. Está claro que o decreto está, objetivamente, violando a lei.

O TJSP já sinalizou para o acolhimento desta tese: "(...) Alegação de que, a fim de alcançar o valor da multa punitiva, no momento de atualizar o valor básico do imposto devido (base de cálculo da multa punitiva), o fisco Bandeirante, com base no § 4º e item 1, do inciso II, RICMS/00 (Decreto Estadual nº 45.490/00), na redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.437/2010, em vez de se valer de índices de correção monetária, estaria aplicando taxa referente a juros de mora, ou seja, estaria, de forma transversa, fazendo incidir sobre a multa punitiva juros de mora mesmo antes de sua constituição, que se dá com a lavratura do correspondente Auto de Infração e Imposição de Multa. Argumento que, em tese, possui plausibilidade, pois que a incidência de juros de mora sobre as multas punitivas, ainda que admissíveis, somente pode se dar após constituída a multa punitiva por meio da lavratura do correspondente AIIM (momento em que nasce a obrigação) e caso verificado o atraso no pagamento da penalidade de que se trata. Base de cálculo da multa punitiva imputada à empresa requerente que deve ser, nos termos da legislação estadual (Lei Estadual nº 6.374/89), o valor básico do imposto devido,


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 atualização monetária. Interpretação sistemática dos comandos do RICMS/00 adstritos ao caso que leva à conclusão que o § 4º e item 1, do inciso II, do artigo 565 do RICMS/00, na redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.437/2010, de fato, conferiu prerrogativa descabida e, 'prima facie', ilegal ao fisco Bandeirante de exigir juros de mora sobre a multa punitiva, ainda que de forma transversa, mesmo antes de constituída a penalidade por meio do AIIIM. (...) (Ap. 1018701-42.2014.8.26.0053, Rel. Oswaldo Luiz Palu, 9ª Câmara de Direito Público, j. 03/12/2014)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **acolho em parte** os embargos para (a) **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 (b) **EXCLUIR** a incidência de juros moratórios sobre a multa punitiva antes do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração, autorizada, até esse momento, apenas a correção monetária utilizando-se o sistema de conversão em UFESPs (art. 566 RICMS).

Como a embargada decaiu de parte mínima no processo, **CONDENO** a embargante em custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, em R\$ 20.000,00, considerado o valor da dívida.

Transitada em julgado, dê-se vista ao exequente, nos autos principais, para apresentar memória de cálculo observando o deliberado nesta sentença.

P.R.I.

São Carlos, 21 de setembro de 2015.

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