


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

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

SENTENÇA

Processo nº: **0013304-03.2012.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal - Extinção da Execução**
 Embargante: **Inbracel Industria Brasileira de Centrifugação Ltda**
 Embargado: **Fazenda do Estado de São Paulo**

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

INBRACEL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE CENTRIFUGAÇÃO LTDA opõe embargos à execução fiscal que lhe move a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. A execução refere-se a ICMS e multas apurados a partir de AIIM. Sustenta a embargante que não ficou comprovada a infração fiscal e o fisco embasou a apuração em indícios, até mesmo porque não houve o levantamento completo dos livros e documentação fiscal. Além disso, aduz que a multa moratória de 20% possui efeito confiscatório e deve ser reduzida.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo (fls. 14) e a embargada, em impugnação (fls. 18/39), argumenta que a autuação e o processo administrativo fiscal foram regulares, constatando-se a infração que ensejou a lavratura do AIIM. Quanto à multa, alega que não possui efeito confiscatório.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

1- Julgo o pedido na forma do art. 17, parágrafo único da LEF, uma vez que não há a necessidade de produção de outras provas, considerados os limites da controvérsia, salientando-se que, instadas as partes a especificarem provas (fls. 83), a embargante silenciou (fls. 84), e a embargada postulou o julgamento (fls. 84vº).

2- Num primeiro momento, enfatiza-se o objeto estrito destes embargos. Realmente, a despeito do teor da impugnação apresentada pela embargada, que articula diversas matérias, não se pode ignorar que muitas das questões lá tratadas não foram trazidas pela embargante na petição inicial dos embargos, não integrando nem as causas de pedir nem os pedidos deduzidos, sendo vedada a apreciação judicial, em conformidade com o princípio da adstrição do julgamento à demanda, arts. 128 e 460 do CPC.

Aqui, nestes embargos, cumpre examinar tão-só o que foi demandado.

3- Sustenta a embargante que não ficou comprovada a infração fiscal e o fisco embasou a apuração em indícios, até mesmo porque não houve o levantamento completo dos livros e documentação fiscal.

Com as vênias merecidas, o argumento não prospera.

Quanto ao levantamento completo dos livros e documentação fiscal, não se trata de requisito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro
 CEP: 13560-290 - São Carlos - SP
 Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

legal da autuação.

A respeito da ocorrência da infração fiscal, a embargada não logrou produzir prova hábil a desconstituir a presunção de liquidez e certeza de que se reveste a CDA, nos termos do art. 3º da LEF.

Com efeito, segundo verificamos nos autos, o AIIM que deu origem aos créditos exequendos, fls. 40/41, foi lavrado em razão da utilização, pela embargante, de notas fiscais inidôneas em nome de Mec Inox Aços e Metais Ltda. e Sun Alloys Com. Representação Ltda. para o crédito indevido de ICMS, no ano 2000, de um total de R\$ 54.878,21 (R\$ 11.049,47 janeiro/julho; R\$ 43.828,74 agosto/setembro – o fracionamento dos períodos devido a uma alteração na legislação tributária, cf. fls. 48).

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.

Só que, no que tange às empresas Mec Inox Aços e Metais Ltda. e Sun Alloys Com. Representação Ltda., a primeira encerrou suas atividades pelo menos em 1993, e a segunda em 1998, tendo sido declaradas inidôneas as notas fiscais posteriores (fls. 139), uma vez que não houve a cobrança do ICMS por tais operações.

Assim, não havia o que compensar com operações anteriores. 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.

Também não se pode admitir o argumento da boa-fé, trazido pela embargante em termos vagos e lacônicos, na inicial. Isto porque não se explica realmente de que maneira estaríamos tratando de boa-fé no caso em tela, considerando a utilização, no ano de 2000, de notas fiscais com a emissão em nome de empresas com atividades empresariais encerradas pelo menos desde 1993 e 1998, declaradas previamente inidôneas pelo fisco.

Dada a inexistência de atividade das empresas, conclui-se pela inexistência de atividade contratual entre as empresas inidôneas e a embargante.

É de ressaltar que, apesar da alegação, não restou comprovada nos autos a entrada física das mercadorias no estabelecimento da apelante.

Sequer foi comprovado seu pagamento às duas empresas mencionadas acima.

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


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

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

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, 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


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

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

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.

4- Quanto à alegação do efeito confiscatório da multa, segundo a CDA, trata-se de multa punitiva imposta com base no art. 85, II, "c" da Lei Estadual nº 6.374/89, *in verbis*: "artigo 85 - O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades ... infrações relativas ao crédito do imposto ... 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 atenda às condições previstas no item 3 do § 1º do artigo 36 - 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, 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


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, . - Centro

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

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

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.

Quanto ao caso em tela, trata-se de multa punitiva de 35% sobre o " valor indicado no documento como o da operação ou prestação", o que, em termos práticos, faz com que a multa seja pelo menos duas vezes maior que o tributo.

Todavia, considerada a gravidade da infração – utilização de notas fiscais inidôneas gerando o efeito de crédito indevido de ICMS-, não se revela desproporcional tal multa punitiva, 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, considerada a duração dos embargos e o valor do crédito que se pretendia extirpar, em R\$ 3.000,00.

P.R.I.

São Carlos, 29 de outubro de 2013.

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