



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: **1001976-20.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal - Nulidade / Inexigibilidade do Título**
 Embargante: **Xnsa Empreendimentos e Participações Ltda**
 Embargado: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Carlos Eduardo Montes Netto**

Vistos.

XNSA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA opôs embargos à execução fiscal em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** alegando, em sua petição inicial (fls. 01/06), preliminarmente a nulidade dos títulos executivos que embasam a execução fiscal e a ilegitimidade passiva da embargante; quanto ao mérito, aduz a ocorrência da prescrição; que a multa foi aplicada com efeitos confiscatórios e requer que os juros sejam aplicados ao patamar de 12% a.a. a partir da citação, pois não fora intimada das supostas infrações praticadas. Juntou documentos.

Os embargos foram recebidos com a suspensão da execução (fl. 58).

A embargada, devidamente intimada, por sua vez, apresentou impugnação (fls. 63/83) onde refutou os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, alegando a intempestividade dos embargos; que não há nulidade da CDA; que há legitimidade passiva; que não há prescrição; que a multa não apresenta caráter confiscatório; que não há fundamentação para fixação dos juros em 12% a.a.. Requereu a improcedência dos embargos.

É o relatório.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Cabível o julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

Os embargos são tempestivos, visto que a embargante foi citada em 18/11/2015 e até a presente data não foi intimada da penhora, portanto, não há que se falar em decurso do prazo de 30



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

dias, em razão de sequer tê-lo iniciado, logo não há intempestividade a ser declarada.

Alega a embargante que nunca teve seu estabelecimento situado no endereço apontado na CDA “Rua Doutor Castro Neri, 01338, Vila Pelicano” e que, portanto, não houve respeito ao contraditório na esfera administrativa, pois como ela poderia ter se defendido sem o devido processo legal. Aduz, ainda, que somente fora citada posteriormente após a constatação do equivocado endereço indicado pela Fazenda Estadual. Diante disso, alega que as CDAs não gozam de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade.

Na CDA de fl. 02 consta o endereço Rua Doutor Castro Néri, 01338, como endereço da empresa Alge Transformadores Ltda, contra a qual foi originariamente lançado o débito tributário e que não alegou qualquer cerceamento de defesa em relação ao procedimento administrativo.

Verifica-se que está sendo facultada à embargante, em sede judicial, a mais ampla defesa, inclusive com a oposição dos presentes embargos.

Ainda, a embargante não demonstrou, de maneira concreta, qualquer prejuízo ao seu direito de defesa, devendo ser destacada, como será adiante, a sua responsabilidade pelos débitos anteriores à cisão, sendo suficiente a inclusão da devedora primitiva durante a fase administrativa.

Diante do exposto, a preliminar de nulidade da CDA não merece acolhimento.

Analisando os autos da execução, verifica-se que em razão de requerimento formulado pela Fazenda Estadual a empresa XNSA, ora embargante, fora incluída posteriormente no polo passivo por ter se originado da cisão parcial da empresa ALGE, até então única executada.

Conforme documento às fls. 49/57 da execução fiscal, a empresa ALGE efetuou cisão parcial do seu patrimônio, ficando estabelecido que a empresa cindida continuaria com o mesmo nome e a resultante da cisão seria denominada XNSA, sendo transferidas a esta as importâncias de R\$88.240,25 representada pelo imóvel de matrícula nº 19.035 do CRI de São Carlos (imóvel penhorado na execução – fl. 66); R\$42.288,60 representada por máquinas e equipamentos; e R\$9.471,15 em moeda corrente.

Dispõe o artigo 132 Código Tributário Nacional que “a


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

peessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”.

Em que pese a norma não faça menção à hipótese de cisão empresarial, aplica-se o previsto na Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), a qual determina que a companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão (art. 233), respondendo, portanto, a empresa que absorveu parte do patrimônio solidariamente pelas obrigações da empresa cindida antes da cisão.

Neste sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CISÃO DE EMPRESA. HIPÓTESE DE SUCESSÃO, NÃO PREVISTA NO ART. 132 DO CTN. REDIRECIONAMENTO A SÓCIO-GERENTE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE FRAUDE. 1. O recurso especial não reúne condições de admissibilidade no tocante à alegação de que restaria configurada, na hipótese, a prescrição intercorrente, pois não indica qualquer dispositivo de lei tido por violado, o que atrai a incidência analógica da Súmula 284 do STF, que diz ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 2. **Embora não conste expressamente do rol do art. 132 do CTN, a cisão da sociedade é modalidade de mutação empresarial sujeita, para efeito de responsabilidade tributária, ao mesmo tratamento jurídico conferido às demais espécies de sucessão** (REsp 970.585/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJe de 07/04/2008) 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (STJ - REsp 852.972/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010) (g.n.).

Portanto, não há ilegitimidade passiva da empresa XNSA, haja vista que se trata de obrigação tributária da empresa



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

cindida anterior à cisão que originou à embargante, o que a torna solidariamente responsável por tal obrigação.

Alega, ainda, a prescrição da pretensão executiva. Novamente não assiste razão à embargante, vejamos:

Tratam-se de embargos à execução fiscal apoiado em CDA decorrente do AIIM nº 3155524, lavrado em virtude da apuração de infrações relativas ao crédito do ICMS, com acréscimos de juros de mora e de multa punitiva. Capituladas as infrações no art. 59, §1º, item 3 e art. 61, todos do RICMS (Dec. nº 45.490/00) e a aplicação da multa com base no art. 527, II, “c”, c.c. §§ 1º, 5º e 10 do RICMS (Dec. nº 45.490/00).

Deve-se observar que há duas contagens de prazo: o prescricional e o decadencial.

Com relação ao prazo decadencial, no caso concreto, o fato gerador ocorreu em 2007/2008 e a inscrição em dívida ativa em 2014, o que poderia levar à conclusão de que, de fato, houve decadência.

Entretanto, em 22/07/2011, houve lavratura de auto de infração, fato que se configurou como a constituição do crédito em intervalo inferior a 5 anos desde o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o inciso I, do artigo 173 do CTN, o que afasta a decadência, tendo em vista que a lavratura do auto é ato inequívoco de lançamento.

Neste sentido, a jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Execução fiscal ISS - Exercícios de 2008 a 2012. Exceção de pré-executividade rejeitada Nulidade das CDAs pela falta de indicação do número do processo administrativo. Não configuração, tendo em vista evidente ciência do contribuinte a respeito da natureza da exação. Decadência. Inocorrência. Auto de infração lavrado no prazo a que se refere o art. 173, I do CTN. Incidência do imposto sobre atos cooperativos. Hipótese que demanda dilação probatória, incompatível com a objeção de pré-executividade. Recurso não provido.” (TJSP - Agravo de Instrumento 2105785-58.2016.8.26.0000, Rel. Des. João Alberto Pezarini, 14ª Câmara de Direito Público, v.u., j.30/06/2016).


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

Já em relação à prescrição, o art. 174 do CTN prevê que 'a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva'. A contagem do prazo prescricional teve início na data da constituição definitiva do crédito tributário com o término do processo administrativo em 02/08/2012, a partir de quando o Estado poderia ajuizar execução fiscal; e até o ajuizamento da execução fiscal não havia se escoado o prazo de 5 anos.

A jurisprudência:

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. AUTUAÇÃO POR CREDITAMENTO INDEVIDO. PRETENSÃO À DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO, NULIDADE DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO, NÃO INCIDÊNCIA DA LEI ESTADUAL 13.457/09 NOS JUROS DE MORA, E RECONHECIMENTO DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA. NÃO CABIMENTO. Negado efeito ativo ao recurso, ante a ausência de perigo de mora. Ademais, é inadmissível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio de carta de fiança. Afastada a prescrição. **O lapso prescricional se inicia após a constituição definitiva do crédito tributário, com a notificação do contribuinte (após o encerramento do procedimento administrativo).** Os juros de mora foram fixados como base no artigo 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, na redação dada pela Lei Estadual nº 10.619/00, e não com fulcro na Lei Estadual nº 13.918/09. Multa punitiva fixada nos termos da lei, em percentual incidente sobre o valor do crédito indevidamente escriturado ou não estornado (100%). Ausência de incidência de juros sobre a multa. Inexistência de provas de que os julgadores do Tribunal de Impostos e Taxas atuavam, simultaneamente, como advogados nos órgãos de julgamento. Precedentes jurisprudenciais. Sentença denegatória da ordem mantida. Recurso desprovido.” (TJSP - Relator(a): Marcelo Semer; Comarca: Santos; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 06/06/2016; Data de registro: 07/06/2016) (g.n.).



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

Logo, não há ocorrência de decadência, tampouco de prescrição.

Quanto à multa, consoante a CDA, ela foi capitulada no artigo 527, inciso II, alínea “c” c/c §§ 1º, 5º e 10º do RICMS/00 que prevê:

“Art. 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 atender às condições previstas no item 3 do § 1º 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;

§ 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.

§ 5º - Ressalvados os casos expressamente previstos, a imposição de multa para uma infração não excluirá a aplicação de penalidade fixada para outra, acaso verificada, nem a adoção das demais medidas fiscais cabíveis.

§ 10 - O valor da multa deverá ser arredondado com desprezo de importância correspondente a fração da unidade monetária.”

A embargante alega que a multa aplicada possui caráter confiscatório e quanto a isso tem razão, pois se verifica que a obrigação principal é de R\$138.224,71, ao passo que a multa punitiva alcança o montante de R\$442.147,47 (fl.01 da execução fiscal).

Assim, o valor acumulado e exigido a título de multa


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

punitiva superou em mais de 300% o valor total da obrigação principal. Logo, considerando as circunstâncias do caso, a multa aplicada apresenta-se excessiva e desproporcional.

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o valor da obrigação principal deverá funcionar como limitador da norma sancionatória, configurando abusividade na arbitração de multa acima de 100% do valor da obrigação principal.

Neste sentido:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. SALDO CREDOR ACUMULADO. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS ENTRE ESTABELECIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE INDUSTRIAL. PROVA PERICIAL. RICMS. DECADÊNCIA. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. SÚMULAS 279 E 280/STF. PRECEDENTES. 1. Para dissentir da conclusão a que chegou o Tribunal de origem, fundada em prova pericial, no sentido de que inexistе comprovação da atividade industrial, seria necessário o reexame do conjunto fático e probatório, pretensão inviável em sede de recurso excepcional. 2. A resolução da controvérsia demanda a análise da legislação local e o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Precedentes. 3. **A Corte tem entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade se revela nas multas arbitradas acima do montante de 100%.** Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de unanimidade da decisão.” (STF - ARE 949147



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

AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 15-08-2016 PUBLIC 16-08-2016) (g.n.).

Embora a multa seja punitiva e isso autoriza que seu valor seja expressivo, inexistindo, nisso, ofensa ao princípio de vedação ao confisco, no caso, houve excesso, porque ela não pode ir além de 100% do valor do tributo devido, e, em havendo tal excesso justifica-se podá-lo.

Diante disso, pode-se concluir que a multa punitiva deveria corresponder a 35% do valor indicado no documento como o da operação ou prestação, ou seja, deveria ser de 35% sobre o principal, conforme a capitulação apresentada pela embargada.

A fixação da multa punitiva em 35% sobre o valor principal se mostra suficiente para impactar psicologicamente a embargante e desestimulá-la a fim de que não cometa novamente infrações tributárias.

A multa punitiva deve ser corrigida com fundamento no artigo 566 do RICMS/00, utilizando-se o sistema de conversão em UFESPs.

Quanto à aos juros, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciou que os juros de mora não podem ser superiores aos que são aplicados aos créditos tributários da União, que são atualizados pela taxa SELIC englobando juros e correção monetária.

“Ação de nulidade de débito tributário. Oferecimento de garantia para suspensão da exigibilidade. Cartas de fiança bancária. Determinação de integralização do valor com aplicação do artigo 96 da Lei n. 6374/89 na redação da Lei n. 13918/09. Declaração de inconstitucionalidade de exigência de juros de mora que levem a exceder a taxa exigida para tributos federais, por este Tribunal de Justiça, pelo Órgão Especial, em Arguição de Inconstitucionalidade. Determinação de adequação e referência a taxa SELIC. Agravo de instrumento provido. Embargos de declaração rejeitados”. (TJSP - Emb Decl. nº 0109121-12.2013.8.26.0000/50001; Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez).

Neste ponto, os valores dos juros constantes no AIIM

**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

nº. 3155524 devem ser recalculados, tanto para os do principal quanto os da multa.

Já o pedido de que os juros sejam recalculados com incidência a partir da data da citação e em índice de 12% a.a. não merece prosperar por ausência de previsão legal.

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os embargos para reduzir a multa punitiva ao patamar de 35% sobre o valor da operação ou prestação constante no documento, sobre o qual deve incidir correção monetária utilizando-se o sistema de conversão em UFESPs (artigo 566, do RICMS), bem como determinar que os juros sejam recalculados até o limite previsto na taxa SELIC tanto para o principal quanto para a multa punitiva.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento de metade das custas processuais e dos honorários advocatícios do patrono da parte adversa, que fixo em 10% do valor da causa atualizada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

P.I.

São Carlos, 20 de outubro de 2016.

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