



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0001634-31.2013.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal - Efeito Suspensivo / Impugnação / Embargos à Execução**
 Requerente: **Engemasa Engenharia**
 Embargado: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Engemasa Engenharia e Materiais Ltda opôs estes embargos à execução que lhe move a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, sustentando a legitimidade dos pagamentos realizados, mediante utilização do Poder Liberatório do Pagamento de Tributos concedidos aos precatórios de sua titularidade. Aduziu, também, a inconstitucionalidade dos critérios de atualização do valor executado, uma vez que se adotou índice superior ao da SELIC, utilizado pela União e, ainda, o caráter confiscatório da multa de mora.

A embargada apresentou impugnação às fls. 525/555. Aduz que se trata de autolancamento do imposto, onde a declaração é feita pelo próprio contribuinte e apenas homologado pelo fisco, sendo que sua exigibilidade decorre do não pagamento no prazo e na forma regular dos valores que foram declarados. Defendeu falta de permissão legal para a compensação do débito tributário com precatórios alimentares e, ainda, a legalidade da multa moratória e os juros de mora, ressaltando que se destina a evitar o privilégio do mau pagador. Alegou, ainda, que a Constituição promoveu a repartição das competências tributárias e autonomia financeira, cabendo aos Estados membros instituírem os tributos relativos ao ICMS e legislar sobre os aspectos financeiros correlatos; que a taxa de juros em comento foi instituída com observância dos parâmetros das taxas médias pré-fixadas das operações de crédito, com recursos livres, divulgadas pelo Banco Central do Brasil, não podendo ser inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente. Argumenta, também, que os juros se destinam a remunerar o capital em poder do devedor e que o CTN autoriza a sua adoção à taxa de 1% (um por cento), se outra não for adotada pela lei da entidade tributante, bem como que a adoção de taxa de juros distinta violaria os princípios da isonomia e da legalidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

Réplica às fls. 558/572.

Manifestação da embargante pugnando pela realização de prova pericial (fls. 580/581).

É o relatório.

Fundamento e decido.

O pedido merece parcial acolhimento.

Não é o caso de se conferir poder liberatório ao débito, mediante utilização do precatório do qual a embargante é cessionária.

Embora a utilização desde poder liberatório seja, em tese, possível, isto somente se dá quando não se trata de precatório de natureza alimentar, pois, quanto a este, há expressa ressalva legal (art. 78, § 2º do ADCT).

A definição de precatório com caráter alimentar está prevista na Constituição Federal:

Art. 100 - Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas contemplações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Os precatórios de natureza alimentar têm a vantagem de ter preferência de pagamento sobre os precatórios comuns, mas a desvantagem de afastar a pretensão das empresas de os utilizar para o fim de compensar tributos.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ:

TRIBUTÁRI. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM PRECATÓRIO ALIMENTAR VENCIDO E NÃO PAGO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, dado o seu caráter manifestamente infringente, em observância aos princípios da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ. 2. “A atual jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não há falar em poder liberatório do pagamento de tributos,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

nos termos do art. 78, §2º, do ADCT, cujo teor, explicitamente, ressalva os créditos de natureza alimentícia” (AgRg no RMS 29.544/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 27/04/10). 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no AREsp 176.496/SP, Rel.Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 08/10/2013). (grifei)

CONSTITUCIONAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ART. 78, § 2º, DO ADCT – PODER LIBERATÓRIO DO PAGAMENTO DE TRIBUTOS – CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. 1. As parcelas do precatório submetido à moratória do art. 78 do ADCT, se não liquidadas até o final do prazo previsto, passam a ter poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, nos moldes do § 2º *do mesmo dispositivo constitucional*. 2. À luz do referido enunciado normativo, **ressalvados os créditos de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os previstos no art. 33 do ADCT e suas complementações e ainda os que já tiverem os recursos liberados**, os precatórios que forem objeto de parcelamento e cujas parcelas não forem pagas até o final do prazo constitucional, terão eficácia liberatória do pagamento de tributos. 3. Hipótese em que os créditos contidos no precatório objeto de compensação originam-se de honorários de sucumbência em ação indenizatória, qualificando-se como créditos alimentares. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido”. (RMS 31.160/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM CRÉDITO DE PRECATÓRIO VENCIDO E NÃO PAGO. ART. 78, § 2º, DO ADCT. SUSPENSÃO PELO STF DA EFICÁCIA DO ART. 2º DA EC 30/2000, QUE INTRODUZIU O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL INVOCADO PELA IMPETRANTE. (ADI’S 2.356-MC E 2.362-MC). PODER LIBERATÓRIO. PRECATÓRIO ALIMENTAR DEVIDO POR AUTARQUIA. NÃO ENQUADRAMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI’S 2.356-MC e 2.362-MC), suspendeu a eficácia do art. 78 do ADCT (art. 2º da EC 30/00), razão por que não é possível conhecer de pretensão deduzida com fulcro nesse dispositivo constitucional. Precedentes: RMS 36.920/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28/03/2012; AgRg no RMS 36.179/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 07/12/2011. 2. **Ademais, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o art. 78, § 2º, do ADCT não autoriza a compensação de tributos com precatórios alimentares devidos por entidades da administração indireta**. Precedentes: AgRg no RMS 34.021/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22/11/2011; AgRg no RMS 34.722/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, RMS 33.409/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31/05/2011; AgRg no RMS 31.592/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27/08/2010. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 38345/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 07/05/2013) (grifei)

A cessão de créditos não altera a natureza comum ou alimentar do precatório, por falta de previsão legal.

Nesse sentido:


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. **CESSÃO PARCIAL DO CRÉDITO INSCRITO EM PRECATÓRIO. PERDA DO CARÁTER ALIMENTAR DO PRECATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. MANUTENÇÃO DA NATUREZA DO TÍTULO ATÉ A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. A NATUREZA DO CRÉDITO ALIMENTAR INSCRITO EM PRECATÓRIO NÃO SE ALTERA EM VIRTUDE DA CESSÃO DE CRÉDITO, TENDO EM VISTA A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL E A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM NOME DA CESSIONÁRIA. POSSIBILIDADE. DEFERIDA A HABILITAÇÃO DA CESSIONÁRIA NO FEITO NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTES LITISCONSORCIAL, NADA OBSTA A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM SEU NOME, RELATIVAMENTE À SUA PARTE NO CRÉDITO INSCRITO EM PRECATÓRIO, QUANDO ESTE VIER A SER ADIMPLIDO. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS PELA CESSIONÁRIA. LEI ESTADUAL Nº 12.266/2005. *“1. CEDIDO O CRÉDITO POSTERIORMENTE À EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO, NÃO É CABÍVEL O RECOLHIMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS PELA CESSIONÁRIA, RELATIVAS AO PERÍODO ANTERIOR AO SEU INGRESSO NO PROCESSO. ADEMAIS, EM EXECUÇÕES MOVIDAS CONTRA A FAZENDA, AS CUSTAS SÃO DEVIDAS APENAS SE A PARTE CREDORA RESTAR VENCIDA, AO FINAL. EXEGESE DA LEI ESTADUAL Nº 12.266/2005. POR OUTRO LADO, UMA VEZ EXPEDIDO O PRECATÓRIO COM A INCLUSÃO DAS CUSTAS, NÃO PODEM ESTAS SER COBRADAS NOVAMENTE, TENDO EM VISTA QUE OS ATOS PROCESSUAIS QUE AS ENSEJAM JÁ FORAM REALIZADOS.”* (EXCERTO EXTRAÍDO DA EMENTA DO ACÓRDÃO DO AI Nº 70041238502, RELATOR O EM. DES. EDUARDO UHLEIN, JULGADO EM 09-08-2011). RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AG. Nº 70048100689, REL. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA, J. 18/09/2012) (GRIFEI)

MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido de compensação dos débitos de ICMS com os créditos decorrentes de cessão de precatório alimentar. Inadmissibilidade. A compensação é forma de extinção do crédito tributário somente admitida quando existir lei autorizadora na esfera do ente federativo. Orientação mantida mesmo após o advento da EC 62/09. Precedentes. Sentença Mantida. Recurso não provido. (Apel. nº 0020410-17.2013.8.26.0037. Rel. Des. Leme de Campos. J. 17/11/2014). (grifei)

Por outro lado, de rigor reconhecer a inconstitucionalidade dos critérios de atualização.

Claro está pela análise da Certidão de Dívida Ativa de fls. 03 dos autos da execução que se adotou o artigo 96 da Lei nº 6.374/89, alterado pela Lei nº 13.918/2009, para o cálculo dos juros, e esta Lei padece de inconstitucionalidade, em seu artigo 96, pois seus limites são fixados em índices superiores à taxa estabelecida pela legislação federal.

Nesse sentido, já se pronunciou a Superior Instância, em acórdão elucidativo, de lavra o eminente relator Ricardo Dip (Apelação nº 0014391- 86.2011.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, datado de 18 de dezembro de 2012), com trecho a seguir transcrito, cujos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

argumentos se adota como razão de decidir:

Quanto aos juros de mora, almeja a apelante afastar a aplicação da Lei nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009, que noticia incidente sobre o valor do débito inscrito na dívida ativa bandeirante aos 29 de abril de 2011, para que os juros de mora sejam recalculados utilizando-se a taxa referencial do Selic. O Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.080.536, objeto dos autos, determinou a aplicação do disposto no art. 96 da Lei estadual paulista nº 6.374, de 1º de março de 1989, com a redação dada pela Lei local nº 10.619, de 19 de julho de 2000, para a correção dos juros de mora (fl. 133-4). Dispõe o § 1º da alínea *b* do inciso II do art. 96 da Lei paulista nº 10.619 de 2000, “a taxa de juros de mora é equivalente 1- por mês, **à fração referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia Selic** para títulos federais, acumulada mensalmente; (o destaque não é do original) 2 por fração, a 1% (um por cento)” (o destaque gráfico não é do texto original). Em face da vigência da Lei estadual nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009, insurge-se a suplicante contra a aplicação da taxa de **0,13% ao dia** para o cômputo dos juros de mora. Lê-se no inciso II do art. 96 da Lei de Icms: “II - relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 85 desta lei, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração. § 1º - **A taxa de juros de mora será de 0,13% (treze décimos por cento) ao dia.** § 2º - O valor dos juros deve ser fixado e exigido na data do pagamento do débito fiscal, incluindo-se esse dia. § 3º - Na hipótese de auto de infração, pode o regulamento dispor que a fixação do valor dos juros se faça em mais de um momento. § 4º - Os juros de mora previstos no § 1º deste artigo, poderão ser reduzidos por ato do Secretário da Fazenda, observando-se como parâmetro as taxas médias pré-fixadas das operações de crédito com recursos livres divulgadas pelo Banco Central do Brasil. § 5º - **Em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente**” (o realce não é da origem). Nos termos do inciso I do art. 24 da Constituição federal de 1988, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre direito tributário, **financeiro**, penitenciário, econômico e urbanístico. Ao estabelecer a taxa de juros em patamar **superior** ao fixado pela legislação federal para os mesmos fins, o legislador estadual extrapola o exercício de sua competência prevista no dispositivo constitucional mencionado. Ainda que, por meio de Resoluções, tenha o Secretário da Fazenda paulista, nos limites do § 4º do art. 96 da Lei paulista nº 13.918/2009, disciplinado critérios para a alteração da taxa de juros a ser utilizada no cálculo dos débitos, com a reiterada observação de que a taxa estabelecida não será superior à taxa diária 0,13% prevista na Lei nº 13.918/2009, **nem inferior à taxa referencial do Selic**, padece de inconstitucionalidade o artigo 96 dessa Lei por seus limites serem fixados em índices superiores à taxa estabelecida pela legislação federal. Símile entendimento assentou-se pelo egrégio Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 442, de relatoria do Ministro EROS GRAU: “1. Esta Corte, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que, embora os Estados-membros sejam incompetentes para fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim, podem defini-los em patamares inferiores incentivo fiscal. Precedentes. 2. A competência dos Estados-membros para fixar índices de correção monetária de créditos fiscais é tema que também foi examinado por este Tribunal. A União e Estados membros detêm competência legislativa concorrente para dispor sobre matéria financeira, nos termos do disposto no art. 24, inciso I, da CB/88. 3. A legislação paulista é compatível com a Constituição de 1988, desde que o fator de correção adotado pelo Estado-membro seja igual ou inferior ao utilizado pela União”, venerável decisão que reforçou o antes expendido no julgamento do Recurso Extraordinário



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

nº 183.907-4, da relação do Ministro ILMAR GALVÃO, que declarara inconstitucional a adoção de índice estadual de correção monetária de tributos em linde superior ao assinado pela União federal...”.

Quanto à multa, observa-se que sua aplicação foi feita no importe de “20% (*vinte por cento*), *de acordo com os artigos 87 e 98 da Lei 6.734/89, observada a nova redação introduzida pelo inciso X do artigo 1º da Lei Estadual 9.399/96*” (fls. 03).

A jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, firmada em repercussão geral, já definiu que “a aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos” (v. RE nº 582.461/SP, Tribunal Pleno, relator Ministro GILMAR MENDES, j. 18/05/2011, DJe 18/08/2011). (...)

Não caso em tela a multa não assumiu caráter confiscatório, considerando que foi aplicada no patamar de 20%, conforme definido em lei, em porcentagem razoável.

Ante o exposto, acolho em parte o pedido da embargante, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Paulista nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009, que, alterando a redação do art. 96 de sua Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, previu a taxa de juros de mora para o pagamento de multa em limite superior ao prescrito para os mesmos fins pela legislação federal, e determinar que se aplique a taxa referencial da Selic para o cálculo dos juros de mora em questão, a partir de 23/12/2009, devendo a embargada, nos termos do aqui decidido, apresentar novo demonstrativo de débito, nos autos da execução.

Tendo havido sucumbência recíproca, as custas devem ser rateadas, na forma da lei e cada parte arcará com os honorários de seus respectivos patronos.

PRI

São Carlos, 12 de dezembro de 2014.

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