



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000295822

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005406-22.2021.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante TRANSPORTADORA BITURY LTDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente), REBOUÇAS DE CARVALHO E PONTE NETO.

São Paulo, 27 de março de 2025.

CARLOS EDUARDO PACHI
relator
Assinatura Eletrônica

Voto nº 42.064

APELAÇÃO CÍVEL nº 1005406-22.2021.8.26.0269

Comarca: ITAPETININGA

Apelante: TRANSPORTADORA BITURY LTDA.

Apelado: ESTADO DE SÃO PAULO

(Juiz de Primeiro Grau: *Diego Migliorini Junior*)

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO.
EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.
IMPROCEDÊNCIA.

I. Caso em Exame

Apelação interposta pela embargante contra sentença que rejeitou embargos à execução fiscal, condenando-a ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios. A embargante alega direito ao crédito de ICMS e questiona a aplicação de multas e juros de mora acima da Taxa SELIC.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) a validade do crédito de ICMS alegado pela embargante; (ii) a legalidade das multas aplicadas e dos juros de mora baseados na Taxa SELIC.

III. Razões de Decidir

3. A embargante não comprovou a regularidade do crédito de ICMS, falhando na produção de prova técnica necessária.

4. A atuação fiscal foi considerada regular, descaracterizada a alegação de denúncia espontânea, sendo a multa aplicada de forma adequada e não confiscatória e os juros de mora estão previstos legalmente.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A multa de 100% do valor do crédito indevido é proporcional e não confiscatória. 2. A aplicação de juros de mora pela Taxa SELIC é constitucional e legal.

Legislação Citada:

CTN, art. 138, art. 113; CPC, art. 373, I, art. 85, § 11; RICMS, art. 62, art. 5º, art. 11 do Anexo III, art. 527, II, “j”; LC 123/2006, art. 55.

Jurisprudência Citada:

TJSP, AC nº 1001743-73.2017.8.26.0053, Rel. Alves Braga Junior, 2ª Câmara de Direito Público, j. 15.06.2018; TJSP, AC nº 1036579-77.2014.8.26.0053, Rel. Isabel Cogan, 12ª Câmara de Direito Público, j. 11/06/2018; TJSP, AC nº 1001395-66.2017.8.26.0405, Rel. Marcelo Semer, j. 14.05.2018.

Vistos.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela embargante em face da r. sentença de fls. 734/736, cujo relatório é adotado, que rejeitou os embargos à execução, condenando-a ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado aos embargos.

Sustenta que seu ramo de atividade (transporte) permite o creditamento de 20% da opção de saída, podendo optar pela sistemática do crédito outorgado ou sistema de crédito e débito, sempre para respeitar a sistemática da não cumulatividade. Entende que a penalidade imposta foi como se a apelante tivesse criado um crédito falso e inexistente, o que não é verdade, pois o crédito existe, tratando-se de mera irregularidade de não ter anotado no livro, o que não invalida a existência do crédito. Alega que a apelada quer receber o imposto de forma cumulada. Reitera a afirmação de que a não anotação no livro de ocorrências não muda o fato de ter feito toda escrituração e entregas fiscais e contábeis e que possuía o crédito, além de ter feito pedido de regularização espontânea dentro do prazo, que foi anterior à aplicação da infração. Afirma ainda, que não houve apreensão do livro, mas apresentação à fiscalização para permitir que houvesse recebimento e conferência de GIA substitutiva. Menciona que o primeiro dever da fiscalização é a orientação, sendo que no presente caso se quis penalizar a apelante. No mais, defende a abusividade das multas aplicadas e dos juros de mora acima da Taxa SELIC (fls. 750/757).

Apresentadas contrarrazões (fls. 764/767).

Processado o recurso, subiram os autos.

É o Relatório.

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela apelante, que busca sejam considerados os créditos de entrada de ICMS, com exclusão do valor a título de multas pretendidas, além do reconhecimento da inconstitucionalidade dos juros baseados na Taxa SELIC.

A demanda foi julgada improcedente em Primeiro Grau, daí a interposição do recurso de apelação.

Depreende-se dos autos que a embargante foi autuada por não ter escriturado em livro Termo de Ocorrências a opção pela utilização da apuração de ICMS, através da sistemática de crédito outorgado, período de 01/01/2003 a 31/08/2006, com infringência aos artigos 62 e 5º, do RICMS, art. 11, do Anexo III, do RICMS, com multa capitulada no art. 527, II, "j", cumulada com §§ 1º e 10, do RICMS.

De fato, descabe o argumento da apelante de que ela mesma teria feito denúncia prévia e de forma espontânea, sendo impertinente a alegação de GIA Substitutiva, quando está comprovado nos autos que a pretensão de regularização por parte da empresa autuada se deu depois do início da fiscalização pela autoridade administrativa.

Como se pode verificar a fls. 538 destes autos, a

própria empresa autuada reconhece o seguinte:

"E, em virtude da empresa se encontrar em fiscalização, requer seja considerado o campo 057 como correto, ou, se entender necessário, que seja autorizada a empresa a efetuar a GIA RETIFICADORA, reafirmando, por oportuno, que isso não alterará o valor do imposto devido e recolhido".

No caso, incide a regra do art. 138, do CTN, que afasta a possibilidade de configuração da alegada denúncia espontânea da infração, já que na hipótese dos autos a atuação administrativa teve início em momento anterior, não tendo a parte fiscalizada providenciado o pagamento do tributo devido e consectários legais.

Acerca do art. 138, do CTN:

"Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se fôr o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração."

No mais, importante destacar que a apelante afirma que não houve ilícito fiscal, nem a utilização de crédito inexistente, que possui direito ao crédito outorgado, considerando que se trata de empresa transportadora, todavia, se ficou inerte na comprovação do alegado, nos termos do art. 373, I, do CPC,

notadamente a perícia, sendo que a alegação de mero equívoco na anotação no livro de ocorrências não é suficiente para atestar, de fato, a regularidade das operações (transporte).

Diante disso, deve-se reconhecer a regularidade da atuação fiscalizatória administrativa, dotada de presunção de veracidade, que concluiu que a empresa apelante lançou créditos de 20% em sua escrita fiscal, quando não tinha direito, por não ter feito a opção pela tributação (crédito outorgado).

De fato, a questão dos autos exigia produção de provas de caráter técnico, não sendo suficiente a juntada de documentos para corroborar as alegações da embargante. Falhou no cumprimento do art. 373, I, do CPC, como já afirmado.

E, reitera-se que o argumento recursal de que foi feita toda a escrituração e entrega fiscais e contábeis e que possuía crédito decorrente do ramo de atividade desempenhada, não se sobrepõe à atuação administrativa, que concluiu pela infringência aos artigos 62 e 5º, do RICMS, e art. 11, do Anexo III, do RICMS.

E, descabida a menção ao art. 55, da LC 123/2006, referente ao dever de fiscalização e orientação antes da penalização, posto que a hipótese suscitada não se aplica nestes autos.

Não bastasse isso, o descumprimento de obrigação acessória também implica na aplicação de penalidade pecuniária, nos termos do art. 113, do CTN:

"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária."

E, a multa aplicada não se mostra ilegal ou abusiva, condizente com 100% do valor do crédito indevido, o que não contraria o entendimento jurisprudencial:

"APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA. ICMS. MULTA MORATÓRIA. Multa punitiva com caráter evidentemente confiscatório. Possibilidade de exclusão da penalidade no que excede o montante do tributo. Redução ao patamar de 100% do valor do imposto devido. Inteligência do art. 150, IV, da CF (princípio do não confisco). Aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do excesso. Precedentes desta C. Câmara e do e. STF Repercussão Geral (NCPC, art. 927, III) - Tema nº 214. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. Afasta-se a cobrança de juros moratórios estipulados pela Lei Estadual nº 13.918/09. Questão apreciada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal na Arguição de inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000. A aplicação da taxa Selic como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária é constitucional e legal. Matéria apreciada pelo col. Órgão Especial, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 102.207-0/9, e pelo e.

STJ, no REsp 879.844/SP, em sede de recurso repetitivo - Tema nº 199. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (AC nº 1001743-73.2017.8.26.0053, Relator Alves Braga Junior, 2ª Câmara de Direito Público, J. 15.06.2018).

"ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS – Não comprovação da boa-fé da empresa autora, adquirente de mercadorias de duas empresas declaradas inidôneas. Irregularidades nas transações comerciais. Empresas declaradas inidôneas que simularam a existência de seus estabelecimentos empresariais, dentre outras irregularidades. Higidez dos autos de infração. Sentença de parcial procedência, para a limitação das multas punitivas ao percentual de 100% do valor do tributo. Multas sancionatórias. Razoabilidade e proporcionalidade na imposição da pena. Decisão mantida. Apelos de ambas as partes. Reexame necessário. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.” (AC nº 1036579-77.2014.8.26.0053, Relatora Isabel Cogan, 12ª Câmara de Direito Público, J. 11/06/2018).

"APELAÇÃO. Ação anulatória. Auto de infração, com aplicação de multa, por trânsito irregular de mercadorias. Pleito de anulação do auto de infração, diante da aplicação de multa confiscatória e juros de mora inconstitucionais. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, apenas para afastar os juros abusivos, aplicando-se a Taxa SELIC. Reforma. Multa punitiva aplicada. Necessidade de minoração, limitando-a a 100% do valor do tributo exigido. Princípios constitucionais do não-confisco, proporcionalidade e razoabilidade. Parâmetros de abusividade fixados pelo STF. Sentença reformada. Apelação parcialmente provida.” (AC nº 1001395-66.2017.8.26.0405, Relator Marcelo Semer, J. 14.05.2018).

Descabido, portanto, o argumento de ocorrência de confisco, no tocante à multa imposta, eis que o posicionamento jurisprudencial majoritário considera que o seu valor correspondente a 100% do tributo discutido como adequado. '

Por fim, outra impugnação recursal que não merece acolhida diz respeito aos juros pela Taxa SELIC, vez que expressamente previstos na Lei Estadual 10.175/98.

Mantida a r. sentença, ficam os honorários advocatícios majorados em 2%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença de rejeição dos embargos à execução.

CARLOS EDUARDO PACHI
Relator