



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000328994

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029599-70.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BELÉM TRANSPORTES E REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA - ME, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo e ao reexame necessário. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ISABEL COGAN E DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 22755

Apelação Cível nº 1029599-70.2021.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Recorrente: Juízo “*ex officio*”

Apelante: Belém Transportes e Representações Comerciais Ltda – Eireli Epp

Apelada: Estado de São Paulo

MM. Juiz: Emílio Migliano Neto

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – AIIM lavrado sob a acusação de que a autora teria realizado operações tributadas utilizando-se de notas fiscais emitidas por outra empresa - Lavratura do AIIM fundamentada em farto conjunto probatório - Presunções de veracidade e legitimidade do ato administrativo não ilididas - Precedente deste E. Tribunal, em caso envolvendo outra empresa citada na mesma operação – Sentença mantida, no aspecto.

MULTA PUNITIVA – Multa que deve ser reduzida, porém, a 100% do valor do tributo – Inconstitucionalidade dos juros com base na Lei Estadual nº 13.918/09, porquanto superiores à taxa SELIC (Tema nº 1.062/STF) – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Redistribuição dos ônus da sucumbência, postergando a fixação para a fase de liquidação – Sentença alterada, no particular.

Apelo e reexame necessário parcialmente providos.

Trata-se, além do reexame necessário, de recurso de apelação interposto por Belém Transportes e Representações Comerciais Ltda – Eireli Epp contra a r. sentença de fls. 1643/1651, cujo relatório se adota, que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal por aquela ajuizada em face do Estado de São Paulo, julgou “*parcialmente procedentes os pedidos da ação ajuizada por TRANSPORTE E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL EIRELI EPP em face da FAZENDA PÚBLICA*”

DO ESTADO DE SÃO PAULO apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da taxa de juros utilizada pela Fazenda Pública (Lei 13.918/09), que deverá limitar-se à taxa SELIC, com a devida apuração na fase executória. Considerando que a parte autora decaiu de parte significativa do pedido deduzido na inicial, cada qual arcará 50% das custas e despesas processuais, nos termos do art. 86, caput, do CPC/2015, e com os honorários de seus respectivos Advogados, estes arbitrados em R\$ 5.000,00.”

Inconformada, postula a parte autora o provimento do recurso, “*para (i). Reformar a r. sentença e JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial, anulando-se o AIIM n.º 4.020.150-8 pelas razões expostas; (ii). Alternativamente, não sendo este o entendimento desta Câmara, estando evidenciado o cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide e o impedimento da produção de provas requerida nos autos, sejam os autos devolvidos ao Juízo a quo para que seja concedida à apelante a oportunidade de demonstrar todo o alegado; (iii). Desde já, em caso de improcedência do recurso interposto no tocante à anulação do AIIM guerreado, seja a multa fixada no limite de 20% do valor do débito, em razão da evidente confiscatoriedade nos patamares lançados.*” (fls. 1671/1692).

Contrarrazões nos autos (fls. 1697/1713).

Determinada a conversão do julgamento em diligência (prova pericial - fls. 1721/1725), o que foi atendido (fls. 1840/1853), com manifestação das partes (fls. 1859/1866 e 1879/1886).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Eis o breve relato.

Cuida-se, na espécie, de ação anulatória de débito fiscal intentada por Belém Transportes e Representações Comerciais Ltda – Eireli Epp em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando anular o AIIM nº 4.020.150-1, no valor de R\$ 1.366.840,71.

Descreveu, inicialmente, o ato administrativo que entende irregular, nos seguintes termos:

“A requerida lavrou o AIIM n.º 4.020.150-8 em desfavor da requerente, cópia integral anexa (DOC. 01), que após trânsito em julgado administrativo foi inscrito em dívida ativa.

No Auto de Infração, foram atribuídas à requerente as seguintes práticas:

I - INFRAÇÕES RELATIVAS À DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM ENTREGA, REMESSA, TRANSPORTE, RECEBIMENTO, ESTOCAGEM OU DEPÓSITO DE MERCADORIA OU, AINDA, QUANDO COUBER, EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO:

1. Recebeu nos meses de junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2008 e janeiro de 2009, conforme relacionado no demonstrativo I, de fls. 13, mercadorias no valor total de R\$ 215.561,00 (duzentos e quinze mil, quinhentos e sessenta e um reais), desacompanhadas de documentação fiscal, conforme informações constantes do Relatório Circunstanciado, parte integrante deste AIIM.

INFRINGÊNCIA: Arts. 203 e art. 184, inc. I, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 527, inc. III, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10, do RICMS/00 (Dec. 45490/00)

II - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTAÇÃO FISCAL NA ENTREGA, REMESSA, TRANSPORTE, RECEBIMENTO, ESTOCAGEM OU DEPÓSITO DE MERCADORIA OU, AINDA, QUANDO COUBER, NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO:

2. Recebeu no período de fevereiro a junho de 2010, conforme relacionado no demonstrativo II, de fls. 45, mercadorias no valor total de R\$ 240.602,00, (duzentos e quarenta mil, seiscentos e dois reais), desacompanhadas de documentação fiscal, conforme informações constantes do Relatório Circunstanciado, parte integrante deste AIIM.

INFRINGÊNCIA: Arts. 203 e art. 184, inc. I, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. III, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

III - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTOS FISCAIS E IMPRESSOS FISCAIS:

3. Deixou de emitir, nos meses de junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2008 e janeiro de 2009, conforme relacionado no demonstrativo de III, de

*fls. 77, Notas Fiscais Modelo 1 e ou Notas Fiscais Eletrônica Modelo 55, no valor total de R\$ 215.561,00 (duzentos e quinze mil, quinhentos e sessenta e um reais), antes de iniciada a saída de mercadorias do tipo "Óleo Blend BPF". A empresa Belém Transportes e Representações Comerciais Ltda., efetuou remessa e transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal própria, tendo se utilizado, indevidamente, de Notas Fiscais emitidas pela empresa TOP ÓLEO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES LTDA. CNPJ.07.078.278/0001-20, IE. 587.269.864.110, para acobertar as suas remessas e transportes de mercadorias. As operações realizadas em nome da TOP OLEO, conforme relação anexa foi na verdade, efetuadas pela Belém Transportes, fato este que se comprova não só pela falta de estrutura física para realizar tais operações, como também pela insuficiência na entrada de insumos necessários à sua produção, e principalmente, pelas informações e documentos obtidos pela fiscalização. Apesar de reiteradamente notificada, a empresa TOP ÓLEO não apresentou documentos capazes de comprovar a efetividade das operações, muito menos da movimentação financeira correspondente às vendas do referido produto. Os destinatários/adquirentes dos produtos "ÓLEO BLEND BPF", notificados a comprovar as operações, apresentaram documentos e informações que revelam que os contatos para as negociações foram feitos por pessoas e telefones que nada tem a ver com a TOP OLEO e que esses documentos comprovam que os pagamentos dessas operações, relacionadas na planilha de fls. 13 a 43, foram feitos a BELÉM TRANSPORTES E REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA., IE 513.445.951.117 - CNPJ 03.909.477/0001-82. Comprovam a infração cópias das notas fiscais emitidas pela TOP OLEO IND. COM. DE LUBRIFICANTES LTDA, cópia das declarações dos adquirentes das mercadorias, cópia dos Boletos Bancários, informando o número da Conta Corrente ou o nome do favorecido pelo crédito, juntadas as fls.14 a 44.***INFRINGÊNCIA: Art. 125, inc. I, do RICMS (Dec. 45.490/00)**

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 527, inc. IV, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10, do RICMS/00 (Dec. 45490/00).

IV - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTOS FISCAIS E IMPRESSOS FISCAIS:

4. Deixou de emitir, no período de fevereiro a junho de 2010, conforme relacionado no demonstrativo nº IV, de fls. 78, Notas Fiscais Modelo 1 e ou

Notas Fiscais Eletrônica Modelo 55, no valor total de R\$ 240.602,00 (duzentos e quarenta mil, seiscentos e dois reais), antes de iniciada a saída de mercadorias do tipo "Óleo Blend BPF". A empresa Belém Transportes e Representações Comerciais Ltda., efetuou remessa e transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal própria, tendo se utilizado, indevidamente, de Notas Fiscais emitidas pela empresa TOP ÓLEO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES LTDA. CNPJ.07.078.278/0001-20, IE. 587.269.864.110, para acobertar as suas remessas e transportes de mercadorias. As operações realizadas em nome da TOP OLEO, conforme relação anexa foi na verdade, efetuadas pela Belém Transportes, fato este que se comprova não só pela falta de estrutura física para realizar tais operações, como também pela insuficiência na entrada de insumos necessários à sua produção, e principalmente, pelas informações e documentos obtidos pela fiscalização. Apesar de reiteradamente notificada, a empresa TOP ÓLEO não apresentou documentos capazes de comprovar a efetividade das operações, muito menos da movimentação financeira correspondente às vendas do referido produto. Os destinatários/adquirentes dos produtos "ÓLEO BLEND BPF", notificados a comprovar as operações, apresentaram documentos e informações que revelam que os contatos para as negociações foram feitos por pessoas e telefones que nada tem a ver com a TOP OLEO e que esses documentos comprovam que os pagamentos dessas operações, relacionadas na planilha de fls.77, foram feitos a BELÉM TRANSPORTES E REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA., IE 513.445.951.117 - CNPJ 03.909.477/0001-82. Comprovam a infração cópias das notas fiscais emitidas pela TOP OLEO IND. OM. DE LUBRIFICANTES LTDA, cópia das declarações dos adquirentes das mercadorias, cópia dos Boletos Bancários, informando o número da Conta Corrente ou o nome do favorecido pelo crédito, juntadas as fls. 46 a 76.

INFRINGÊNCIA: Art. 125, inc. I, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. IV, alínea "a" c/c §§ 1º, 9º e 10, da Lei 6.374/89."

E, alega, com relação aos fatos:

“Como brevemente aduzido na sinopse retro, a requerida lavrou o AIIM 4.020.150-1 atribuindo à requerente a prática de atos/negócios jurídicos realizados pela empresa TOP ÓLEO INDUSTRIA E COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob n.º 07.078.278/0001-20, com sede à época na Rua 21, n.º 3021, Pq. Universitário, Rio Claro/SP.

Conforme Relatório Circunstanciado juntado aos autos, o FISCO baseou sua convicção em 3 argumentos principais para atribuir à requerente os atos praticados pela TOP ÓLEO, a saber:(a) Ausência de capacidade de TOP ÓLEO para produzir e estocar mercadorias que saíram de seu estabelecimento;

(b) Recebimento pela embargante de valores relativos a notas fiscais de vendas realizadas pela TOP ÓLEO;

(c) Utilização indevida de documentos fiscais da empresa TOP ÓLEO para realizar remessa e transporte de mercadorias próprias, acobertando operações que alegadamente eram suas.

Ao atribuir a prática destas condutas à requerente, imputando-lhe a conduta de retirar o óleo, transportá-lo, refiná-lo e comercializá-lo, a requerida, em sua gana arrecadatória, atropelou os mais mezinhos direitos e garantias constitucionais, e processuais da requerente, posto que inexistente qualquer relação desta última com o fato gerador consubstanciado no AIIM guerreado.

Iniciando-se pela alegada (a) ausência de capacidade de TOP ÓLEO para produzir e estocar mercadorias que saíram de seu estabelecimento, temos que o conjunto probatório existente nos autos depõe de forma absolutamente contrária ao alegado.

De forma relapsa e conveniente, o FISCO se utiliza da fundamentação da ausência de capacidade da empresa TOP ÓLEO em produzir e estocar o óleo que comercializa, mas não realizou diligências na sede da requerente para aferição da capacidade de produção e estoque desta, já que a requerente também não possui e nunca possuiu capacidade para produção e estoque do produto, e tampouco analisou as provas juntadas às fls. 246/248 e 256/257 do Processo Administrativo já juntado (DOC. 01), que demonstram que a sede da requerente à época, empresa transportadora,

era apenas um terreno vazio para guarda dos veículos e pequeno escritório

administrativo, aqui novamente reproduzidas:

(...)As fotos acima correspondem à sede da Belém Transportes à época, endereço que não foi diligenciado pela fiscalização durante a fase investigativa, e demonstram a inexistência de tanques ou qualquer outro tipo de edificação relevante que permitisse o acondicionamento, refino ou tratamento do óleo comercializado pela TOP ÓLEO, itens nucleares das infrações tributadas pelo FISCO e atribuídas à requerente, mas tão somente uma área para guarda dos caminhões.

De outra banda, analisando-se a sede da empresa TOP ÓLEO na época, foram juntadas fotos que comprovam a total capacidade da empresa em estocar o material comercializado.

*(...) Às fls. 104 e seguintes do processo administrativo fiscal, **temos que a principal fundamentação da requerida para atribuir a titularidade das operações à requerente, e não à real titular, Top Óleo, foi o fato de que 78% das operações de transporte foram realizadas pela requerente e outras 2 empresas: Katherine Transportes Ltda. e Egipcom Participações e Empreendimentos Ltda.***(...) Desta forma, ilógico supor que a requerente praticava os atos atribuídos de armazenagem, refino e comercialização do óleo, tanto pela existência de outras empresas que faziam a mesma representação, bem como também pela completa inexistência de provas de capacidade para prática de tais atos em sua sede ou qualquer local à ela coligado.

(...) Com efeito, as únicas condutas da requerente descritas e devidamente comprovadas nos autos, e que não foram objeto da fiscalização, posto terem ocorrido dentro das normas vigentes, são a representação comercial da empresa TOP OLEO e o transporte de produtos vendidos por aquela, jamais tendo recebido mercadorias, deixado de emitir notas fiscais das operações ou utilizado documentação fiscal de outra empresa.

Em que pese a aparência de legalidade do trabalho fiscal apresentado, este não foi tão bem elaborado como a requerida tenta aparentar, tanto pela ausência de provas das condutas que tenta atribuir à requerente com a consequente responsabilização pelos impostos da operação, como também por ferir premissa básica da distribuição do ônus probatório, já que a inocência é presumida e a culpa deve ser comprovada.(...) No exercício de suas atividades comerciais, a requerente ocupou 3 funções diferentes, que variaram conforme

cada transporte realizado para sua cliente TOP ÓLEO, a saber: (i) apenas transportou produtos vendidos diretamente por sua cliente, (ii) realizou representação comercial, negociando os produtos da TOP ÓLEO perante terceiros e realizando o transporte e recebendo comissão; e (iii) realizou representação comercial sem realizar o transporte. Os documentos acostados ao procedimento administrativo comprovam toda a dinâmica aqui narrada, inclusive o próprio relatório do Procedimento Administrativo de Cassação quando da investigação da TOP ÓLEO apontou que além da requerente, mais 2 empresas realizavam o mesmo serviço de transporte e/ou representação comercial, a saber, Katherine Transportes Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob n.º 08.194.951/0001-50 e Egipcom Participações e Empreendimentos Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob n.º 05.964.474/0001-77, sendo estas 3 empresas responsáveis por aproximadamente 78% das vendas realizadas pela fornecedora TOP ÓLEO, conforme fls. 104/105 do Procedimento Administrativo já juntado.

Após o levantamento do volume de operações realizadas pela TOP ÓLEO, o FISCO enviou notificação para os destinatários finais para que apresentassem esclarecimentos sobre as operações realizadas, tendo recebido a uníssona resposta juntada aos autos, e que corresponde à verdade dos fatos: A EMPRESA BELÉM TRANSPORTES REALIZAVA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL DO ÓLEO BPF PARA TOP ÓLEO, RECEBENDO APENAS COMISSÃO PELAS VENDAS, ATIVIDADE NÃO SUJEITA À COBRANÇA DE ICMS.” (fls.09/21)

Em resumo, as infrações imputadas, portanto, decorrem da constatação de que as operações escrituradas pela empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. teriam sido realizadas, na realidade, por empresas terceiras, dentre as quais se inclui a autora.

E, a autora não produziu nos autos quaisquer provas capazes de infirmar as constatações que levaram à lavratura do AIIM, não apresentando quaisquer comprovantes de que teria efetuado o repasse dos valores por ela recebidos à empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda., tampouco quaisquer justificativas

plausíveis para o fato de o transporte de determinadas mercadorias registradas como comercializadas pela empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. ter sido realizado por veículos de propriedade da autora.

Como bem apontado na r. sentença, *“de fato restou comprovado que o autuado era o real produtor das mercadorias, e dessa forma deveria tê-las recebido com documentação fiscal quando das entradas, ou se fosse o caso, emitir notas fiscais de entradas, e nas saídas deveria ter emitido seus próprios documentos fiscais. Diante do constante dos autos, não é possível ainda aceitar-se a alegação do contribuinte de que recebia os valores totais das vendas, para depois repassá-los à TOP Óleo, deduzidos os fretes e suas representações, diante da total ausência de comprovação nesse sentido. E de fato restou comprovado que os documentos que acompanharam as mercadorias eram irregulares, pois não correspondiam a operações praticadas regularmente (...) Outrossim, a autora não se desincumbiu do ônus de demonstrar qualquer capacidade da empresa terceira de produzir as mercadorias, nem de realização de pagamentos idôneos com correlação às entregas realizadas. Conforme restou apurado pelo fisco a referida empresa não justificou as operações, entradas e saídas de produtos, sem correspondência de pagamentos, recebíveis, o que apontou se tratar de empresa interposta, não fornecedora dos produtos de fato.”* (fl.1646)

Observe-se, ainda, às fls. 554/559 dos autos, a narrativa da conduta da empresa autora, bem como, a ausência de capacidade para armazenamento de estoque, em dissonância com as saídas registradas.

Aliás, com relação à citada empresa Egipcom Participações e Empreendimentos Ltda, autuada na mesma operação, decidiu este E. Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ICMS – AIIM lavrado sob a acusação de que a autora teria realizado operações tributadas utilizando-se de notas fiscais emitidas por outra empresa – Lavratura do AIIM fundamentada em

farto conjunto probatório – Presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo não ilidido pela autora – Multas aplicadas nos itens III e IV no valor de 50% da operação que devem ser reduzidas, por serem confiscatórias - Taxa de juros e correção monetária aplicada ao caso que deve ser igual ou inferior à utilizada pela União – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.” (Apelação Cível 1020419-64.2020.8.26.0053, Rel.^a Des.^a MARIA LAURA TAVARES, 5ª Câmara de Direito Público, j. 30/11/2020)

A propósito, cumpre transcrever parte do elucidativo julgado:

“No Relatório Fiscal de Informações do processo de cassação da empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. (fls. 54/88) consta que a referida empresa, no período de abril a outubro de 2008, emitiu notas fiscais correspondentes à saída de mais de 6 (seis) milhões de litros de óleo BPF, no valor total de R\$ 7.950.000,00, enquanto a totalidade insumos, no mesmo período, representou pouco mais de 1 (um) milhão de litros, no valor total de R\$ 1.133.740,00. E, conforme relatou a fiscalização, considerando-se que a matéria prima sofre um processo de secagem para a produção de óleo BPF, o volume da saída deveria ser inferior ao da entrada dos insumos, e não o contrário (fl. 69).

A partir de tal informação, a fiscalização analisou toda a documentação apresentada pela Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. e realizou diligências junto às empresas adquirentes das mercadorias, tendo sido constatado que a empresa fiscalizada não possuía capacidade física para a realização de tal volume de operações, bem como que os pagamentos relativos a tais

operações, o transporte das mercadorias e as negociações comerciais foram realizados por empresas distintas. Por essa razão, a fiscalização concluiu que as notas fiscais foram emitidas pela empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. para acobertar operações realizadas por terceiros. Especificamente em relação à autora (Egipcom Participações e Empreendimentos Ltda.), a fiscalização constatou que o transporte das mercadorias relativas a seis notas fiscais emitidas pela empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. foi realizado, na realidade, por veículos de propriedade da autora (fl. 75).

Constatou-se, ainda, que inúmeros pagamentos referentes às notas fiscais emitidas pela empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. foram destinados à autora (fls. 132/448). A esse respeito, a autora alegou que atuou como representante comercial da empresa cuja inscrição foi cassada, sendo que é praxe comercial o recebimento dos valores pelo prestador de serviços intermediação, para posterior repasse dos valores ao vendedor, após o desconto das comissões. Todavia, tal alegação é insuficiente para refutar as conclusões do Fisco, uma vez que a autora não apresentou quaisquer comprovantes de que teria efetuado o repasse dos valores por ela recebidos à empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. E tampouco foram apresentadas quaisquer justificativas plausíveis para o fato de o transporte de determinadas mercadorias registradas como comercializadas pela empresa Top Óleo Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda. ter sido realizado por veículos de propriedade da autora. Conclui-se, portanto, que a autora não produziu nos autos quaisquer provas capazes de infirmar as constatações que levaram à lavratura do AIIM nº 4.017.076-7.”

Nesse quadro, correta a autuação, bem como a r. sentença, no aspecto.

No mais, no caso, depreende-se dos documentos de fls. 450/455 que foram aplicadas multas, nos termos da capitulação indicada no referido AIIM, conforme o art. 527, inc. III, alínea "a", do RICMS/00 e do art. 85, inc. III, alínea "a", da Lei 6.374/89, na redação vigente à época; bem como, nos itens III e IV do AIIM, foram aplicadas multas de 50% do valor da operação, com fundamento no artigo 527, inciso IV, alínea 'a' e inciso IV, alínea 'a', c.c. §§1º e 10 do RICMS/00.

Tais multas são superiores ao valor do débito tributário principal, possuindo caráter confiscatório. Devem, portanto, ser reduzidas para 100% do valor atualizado do imposto devido.

Portanto, impõe-se a redução da multa para 100% do valor do imposto exigido, consoante a jurisprudência do Pretório Excelso:

“Quanto à multa aplicada, o acórdão recorrido consignou que se trata de multa punitiva e está alinhada com a jurisprudência desta Corte no sentido da abusividade da multa punitiva caso arbitrada acima do montante de 100% (cem por cento) do valor do tributo.” (ARE 949147 AGR / RS, Relator Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, j. 21.06.2016)

A propósito, nesse sentido, o entendimento desta Colenda 13ª Câmara de Direito Público, em caso assemelhado, a exemplo da Apelação Cível nº 1009263-55.2015.8.26.0053, Relator Desembargador BORELLI THOMAZ, j. 15.02.2017.

Nem se diga da necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário, porquanto desnecessária em se tratando de entendimento consolidado do

Pretório Excelso, como se dá na espécie.

Sobre o tema:

“A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.” (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 748.257-SERGIPE, 2ª Turma, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 06.08.2013)

Apontou-se, na oportunidade, a decisão do Plenário pela limitação da multa a 100% do valor do tributo, e concluiu-se pela desnecessidade de observância da aludida cláusula de reserva do de plenário:

“Por oportuno, vale ainda destacar trecho de recente julgamento do Plenário desta Corte que bem elucida o tema:

'A propósito, o Tribunal Pleno desta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI-MC 1075, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2006 e da ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.10.2000, entendeu abusivas multas moratórias que superam o percentual de 100% (...)’ (RE 582.461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Desse modo, evidenciada a existência de entendimento consolidado nesta Corte sobre o tema em análise, não há falar em ofensa ao art. 97 da Lei Maior. Ademais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, “(...) não é necessária

identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes” (AI 607.616- AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa).”

Quanto ao mais, foi bem reconhecida pela r. sentença a inconstitucionalidade da taxa de juros utilizada pela Fazenda Pública (Lei 13.918/09), que deverá limitar-se à taxa SELIC, com a devida apuração na fase executória.

Destarte, merece provimento, em parte, o apelo, no tocante à limitação da multa arbitrada em seu desfavor.

Em consequência, tendo em vista a sucumbência recíproca das partes, necessária a alteração dos ônus de sucumbência, arcando a empresa-autora com o pagamento de metade das despesas processuais e a FESP com o reembolso em favor daquela da outra metade. Quanto aos honorários advocatícios, do mesmo modo, as duas partes arcarão com o pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte contrária, cuja fixação se dará, em relação à empresa-autora, com base no valor do débito remanescente, e, em relação à FESP, com base no proveito econômico auferido pela empresa-autora (diferença entre o valor original e o valor após adequação dos juros de mora e multa), cujos percentuais serão fixados na fase de execução (art. 85, § 4º, inciso II, do CPC), sem majoração, nos termos do Tema 1.059/STJ.

Para efeito de prequestionamento, cumpre assinalar terem sido apreciadas todas as questões invocadas e não ter havido violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Observa-se, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao apelo e ao reexame necessário, reduzindo a multa para 100% do valor do imposto exigido e alterando-se a condenação sucumbencial, como acima constou.

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator