



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 2006822-78.2017.8.26.0000

Agravante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravada: PETROZARA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos

Magistrado: Dr. Renato Santiago Garcez

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra a r. decisão (fl. 76), proferida nos autos de mandado de segurança, proposto pelo agravante em face do Chefe do Posto Fiscal de Santos, que deferiu o pedido de liminar para ordenar a suspensão da eficácia do “regime especial ex-officio”, imposto à empresa agravada.

Alega o agravante no presente recurso (fls. 01/26), em síntese, que a agravada exerce atividade de comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados do petróleo, exceto lubrificantes, e nesta esteira está credenciada nos termos da Portaria CAT 223/2.009, ficando responsável pela retenção do ICMS incidente sobre as operações subsequentes, na qualidade de substituta tributária e é também responsável pelo recolhimento do tributo estadual nas saídas seguintes de combustíveis realizadas por terceiros. Alega que, apesar de a agravada ser obrigada a consignar nos documentos fiscais de saída o ICMS incidente sobre a operação, ela não efetua os registros fiscais e nem declara sua obrigação principal e acessória, não informando a totalidade de imposto devido que, por sinal, já foi incluído no preço de venda consignado nas notas fiscais eletrônicas. Assegura que, com essa prática sonegatória, a agravada já deixou de informar em GIA, entre janeiro de 2.015 e dezembro de 2.016, mas de quinze milhões de reais, além de recolher ao Estado apenas 1% dos valores efetivamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

vendidos, o que faz com que haja uma dívida de mais de um bilhão e quinhentos milhões de reais com o Estado no período de 05 anos. Assegura que a medida de enquadrar a agravada no “Regime Especial Ex-officio” é para evitar que essa quantia se multiplique, uma vez que em dívida ativa já inscrita a agravada tem a vultosa quantia de R\$ 64.449.524,80. Aduz que, em decorrência da sonegação, a empresa consegue baixar seus preços e aumenta sua participação no setor econômico, em claro prejuízo dos concorrentes. Ressalta que o “regime especial ex-officio” tem como escopo evitar o inadimplemento atual e futuro, e não tem o condão de cobrar os sessenta e quatro milhões em dívidas, uma vez que a agravada deveria passar a apurar o ICMS por operação própria e substituição tributária até o 5º dia útil de cada mês, bem como passaria a ter obrigação de entregar uma tabela contendo todas as notas fiscais recebidas e emitidas, bem como transcrever tais dados para os registros fiscais e para a GIA. Assegura que a imposição deste regime insere-se dentro do poder de polícia, não havendo que se falar em inconstitucionalidade e nem na correlação com as Súmulas nºs 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, pede o efeito suspensivo ao agravo a fim de que a liminar concedida seja suspensa até análise do mérito do recurso em razão da presença do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora” (fls. 25/26).

O recurso é tempestivo.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Cabível o presente recurso, por se enquadrar na hipótese do artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

Foram atendidos os requisitos do artigo 1.016, estando dispensada a juntada das peças obrigatórias, nos termos do disposto no artigo 1.017, parágrafo 5º, ambos do referido código.

Não sendo o caso de aplicação do artigo 932, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, passo a apreciar o presente agravo de instrumento.

Para a atribuição do “efeito suspensivo” ou o “deferimento, em antecipação de tutela, da pretensão recursal”, será necessário que haja elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, embora modificados os termos, são os conhecidos “fumus boni iuris” e “periculum in mora”, que de uma forma mais sintética expressam o que deve ser avaliado neste momento recursal (artigos 300 e 1.019, inciso I, ambos do Código de Processo Civil).

No caso em tela, os requisitos legais acima referidos estão presentes.

Analisando os argumentos utilizados pela agravante, diversamente ao que entendeu o Juízo “a quo”, não se vislumbra o obstáculo ao livre exercício à atividade econômica, na medida em que o “regime especial ex-offício” que foi imposto a agravante não impede que a empresa continue funcionando.

Também não há que se falar em meio coercitivo para cobrança de tributos, na medida em que não se discutem dívidas passadas, as quais devem ser objeto de execução fiscal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

A possibilidade de imposição do “regime especial ex-officio”, que já foi reconhecida pelo C. Superior Tribunal de Justiça¹, é prevista em lei vigente (artigo 71, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 6.374 de 1º de março de 1.989), e o impedimento à expedição de notas, caso não seja cumprida a determinação, traduz-se em mero exercício do poder de polícia do Estado, com vistas a evitar que a dívida se avolume.

O E. Min. Joaquim Barbosa, em decisão monocrática, asseverou que o C. Supremo Tribunal Federal “(...) reputa inconstitucionais as restrições desproporcionais e não-razoáveis ao exercício de atividade econômica ou profissional, utilizadas como instrumento de indução ou coerção velada ao pagamento de tributo. (...) Porém, o reconhecimento da inconstitucionalidade das sanções políticas não serve de salvo-conduto à prática pura e simples de sonegação como instrumento para assegurar vantagens competitivas. Compete ao ente federado identificar com precisão e com respeito ao devido processo legal os atos ilícitos praticados pelo contribuinte supostamente insurgente, podendo periodicamente rever a situação fática-jurídica relativa ao contribuinte, para aplicar-lhe o regime fiscal adequado (...)”².

Portanto, presente a fumaça do bom direito ou a probabilidade do direito alegado.

No que se refere ao perigo da demora ou perigo de dano,

¹ “ICMS. Regime Especial “ex officio”. LE nº 6.374/89, art. 71. Inadimplência habitual. Não se reconhece direito à inadimplência ou ao descumprimento da lei. A liberação mensal de formulários de segurança para impressão de DANFE mediante apresentação da GIA e recolhimento do imposto nela apurado é medida lícita que visa evitar o inadimplemento atual e futuro, e não à cobrança de débitos anteriores. Exigência ao devedor contumaz (pagamento do imposto do mês) que não é desarrazoada nem impede o livre exercício da atividade; medida, por outro lado, que coíbe a inadimplência e privilegia a livre concorrência. Segurança concedida. Recurso oficial e da Fazenda providos.” (Apelação nº 0025311-77.2013.8.26.0053, rel. Des. Torres de Carvalho, j. 22.02.2016)

² RE 595764/MG, DJe 09.05.12.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO
3ª Câmara de Direito Público

ele também está presente, uma vez que os valores trazidos pelo agravante em relação às dívidas do agravado, além de impressionar, por si só demonstram a presença desse requisito.

Assim sendo, DEFIRO o EFEITO SUSPENSIVO.

Comunique-se ao douto juízo "a quo".

Nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil, intime-se o agravado para responder ao recurso no prazo de 15 dias úteis, sendo-lhe facultado a juntada de cópias das peças que entender necessárias.

Após, voltem-me conclusos.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
RELATOR