



Registro: 2020.0000964518

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042383-72.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ..., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Rodrigo Gonzalez", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS EDUARDO PACHI (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU E MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 25 de novembro de 2020.

DÉCIO NOTARANGELI
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 30.793

APELAÇÃO Nº 1042383-72.2015.8.26.0576 – SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

APELANTE:

APELADO: ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz de 1ª Instância: Adilson Araki Ribeiro

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL ICMS _EXECUÇÃO FISCAL
 _ AIIM _ LANÇAMENTO EM RAZÃO DA FALTA DE
 PAGAMENTO DE IMPOSTO _ INFRAÇÃO NÃO
 CARACTERIZADA _ PAGAMENTO INTEGRALMENTE
 REALIZADO EM OUTRO MOMENTO DESCOMPASSO ENTRE
 AUTUAÇÃO E PROVAS.

1. AIIM lavrado em razão da falta de pagamento de ICMS na entrada de sucata no estabelecimento para industrialização. Lançamento que descreve a falta de pagamento do imposto, com a exigência de recolhimento integral, acrescido de multa e encargos pela inadimplência. Tributo integralmente quitado, porém, com a saída da mercadoria industrializada do estabelecimento. Inadmissibilidade de nova cobrança.



Insubsistência da multa, capitulada pelo credor como sanção pela ausência de pagamento.

2. A Lei nº 6.374/89 estabelece o momento do recolhimento do ICMS na saída da mercadoria fabricada com papel usado, apara de papel, sucata de metal, casco de vidro, retalho, fragmento ou resíduo de plástico, de borracha ou de tecido (art. 8º, XVI, “a”, da Lei nº 6.374/89). A exigência de recolhimento do imposto na entrada desses insumos no estabelecimento representa inovação do Decreto Estadual nº 45.490/00. AIIM anulado. Execução extinta. Sentença reformada. Embargos procedentes. Recurso provido.

A r. sentença de fls. 905/907, declarada a fls. 919/920, cujo relatório se adota, julgou procedentes, em parte, os embargos à execução fiscal apenas para limitar a cobrança de juros de mora à Taxa SELIC.

Inconformada apela a executada objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que na condição de responsável tributário efetuou o recolhimento do imposto quando da saída da

2

mercadoria industrializada do estabelecimento, como estabelece o art. 8º, XVI, “a”, da Lei Estadual nº 6.374/89, e art. 430, I, RICMS, não podendo ser confundidos o lançamento com o recolhimento do tributo, não tendo havido qualquer prejuízo aos cofres públicos. Alega, ainda, que a multa é excessiva e invoca a Portaria CAT nº 115/2014.

Recurso processado, com contrarrazões e com oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do digno juiz prolator da r. sentença atacada, assiste razão à apelante.



A empresa executada foi autuada porque “deixou de pagar o ICMS devido no valor de R\$ 399.147,80 (trezentos e noventa e nove mil, cento e quarenta e sete reais e oitenta centavos), no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, conforme Demonstrativo de fls. 06 a 14, na qualidade de substituto tributário de operações antecedentes com Sucatas de Metal, sujeita a diferimento conforme o Art. 392 do RICMS/2000, que diz 'O lançamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de papel usado ou apara de papel, sucata de metal, caco de vidro, retalho, fragmento ou resíduo de plástico, de borracha ou de tecido fica diferido para o momento em que ocorrer sua entrada no estabelecimento industrial'. O contribuinte deveria lançar o imposto a débito no livro Registro de Apuração do ICMS no quadro 'Débito do Imposto - Outros Débitos', com a expressão 'Entradas de Resíduos de Materiais' nos meses em que ocorreram as efetivas entradas da sucata adquirida, fato este não constatado pelo fisco, conforme documentos de fls. 15 a 245” (fls. 254).

3

Em outras palavras, o contribuinte não cumpriu a obrigação principal, daí porque o imposto devido está sendo cobrado em sua inteireza, acrescido de multa imposta com base no art. 527, I (infrações relativas ao pagamento de imposto), “I” (“falta de pagamento do imposto”), do RICMS.

O que se verifica, no entanto, é que o ICMS foi recolhido, porém em momento posterior àquele apontado como correto pelo Fisco, mais precisamente na saída da mercadoria. É o que identificou a perícia, como se depreende, por exemplo, do seguinte excerto:

Constata-se que, em relação às notas fiscais de comercialização dos produtos de sucata de metal, as mesmas são confirmadas sobre seus livros de registros de entrada entre o período de Janeiro de 2007 a Dezembro de 2008. Em tais lançamentos de entrada, sendo as mesmas registradas, não se observa o pagamento de ICMS relacionados à entrada destes produtos comercializados, tanto mais a creditação a título de ICMS, porém observa-se o débito/pagamento do tributo sendo os mesmos escriturados e



registrados na saída das mercadorias industrializadas, fato este, presente nos livros RAICMS encartados aos autos" (fls. 851/852).

Se pagamento houve, ainda que extemporâneo, nada justifica a exigência de nova quitação. Poderia o credor eventualmente exigir correção monetária e juros de mora pelo pagamento a destempo, mas não é esse o teor do AIIM. Tal qual lançado o tributo, tem-se que o contribuinte deixou de recolher o imposto, que está sendo integralmente exigido. Também a multa foi aplicada pela "falta de pagamento do imposto", de acordo com a capitulação feita pela própria exequente. Não há, portanto, correlação entre os fatos e a autuação, o que inquina o lançamento de nulidade. Nesse sentido:

ICMS. Auto de Infração e Imposição de Multa. Anulação. Sentença que apenas deixou de acolher os pedidos formulados, não sendo, em favor do autor, de natureza ou objeto diverso do que foi pedido. Cacos de vidro empregados em processo de industrialização. Imposto que deveria ter

4

sido recolhido na entrada, mas que não deixou de ser recolhido na saída dos produtos industrializados. Contribuinte que não pode ser constrangido a recolher duas vezes o mesmo imposto. Não apurado pela fiscalização que o imposto recolhido na saída tenha sido menor ao que deveria ter sido recolhido na entrada, em virtude de alíquota menor das operações interestaduais ou de isenção nas exportações. Insubsistência do auto de infração, inclusive quanto à multa, porque baseada em imposto que não teria sido recolhido, mas que o foi. Recurso provido para julgar procedente a demanda, com inversão dos ônus da sucumbência. (Apelação nº 0013795-74.2011.8.26.0362, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Edson Ferreira, j. 05/07/16)

No tocante à multa, cabe também destacar que o art. 527, U, "I", RICMS, prevê "multa equivalente a 100% (cem por cento) do valor do imposto", o que equivale a cerca de R\$ 400.000,00. O valor exigido, no entanto, é de mais de R\$ 700.000,00, superando a soma do tributo devido com os juros de mora (fls. 67).



Mas não é só. A apelante também tem razão quando questiona o momento correto para o recolhimento do ICMS, pois segundo dispõe o art. 8º, XVI, “a”, da Lei nº 6.374/89:

Artigo 8º - São sujeitos passivos por substituição, no que se refere ao imposto devido pelas operações ou prestações com mercadorias e serviços adiante nominados:

(...)

XVI - quanto a papel usado e apara de papel, sucata de metal, casco de vidro, retalho, fragmento e resíduo de plástico, de borracha ou de tecido: o contribuinte que realize as operações a seguir indicadas, relativamente ao imposto devido nas anteriores saídas promovidas por quaisquer estabelecimentos;

- a) saída de mercadorias fabricadas com esses insumos;
- b) saída dessas mercadorias com destino a outro Estado, ao Distrito Federal ou ao Exterior; (grifei)

Nos termos da lei do ICMS, portanto, o recolhimento do imposto deve ser feito na saída da mercadoria industrializada do

5

estabelecimento. O RICMS, no entanto, alterou a previsão legal, antecipando o recolhimento para a entrada da sucata no estabelecimento industrial:

Artigo 392 - O lançamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de papel usado ou apara de papel, sucata de metal, caco de vidro, retalho, fragmento ou resíduo de plástico, de borracha ou de tecido fica diferido para o momento em que ocorrer (Lei 6.374/89, art. 8º, XVI, e § 10, 2, na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I, e 59; Convênio de 15-12-70 - SINIEF, art. 54, I e VI, na redação do Ajuste SINIEF-3/94, cláusula primeira, XII):

- I - sua saída para outro Estado;
- II - sua saída para o exterior;
- III - sua entrada em estabelecimento industrial.

Essa discrepância entre os diplomas legais também foi observada pela perícia judicial (fls. 859/860):



Em resposta ao quesito supra, dentro de suas alíneas sendo elas “a” até “e”, observa-se para a elaboração do trabalho realizado por esta Expert, dentro da Lei nº 6.374/89 art. 8º dada pela redação da Lei nº 9.176/95 inciso XVI alínea “a” o contribuinte que realize as operações relativas à compra de sucata de metal efetuará pagamento de imposto sobre a saída de mercadorias fabricadas/industrializadas com este insumo. Dentro das especificações deste comando, não se observa a instrução do recolhimento do imposto na entrada de estabelecimento industrial quando desta atividade. Por outro lado, seguindo o art. 392 do Decreto RICMS/00 criou nova obrigação para os contribuintes com atividade específica que necessitam da compra de sucata de metal, sendo ela o recolhimento do imposto na entrada em estabelecimento industrial, com as especificações necessárias em § 1º, nº 2 e 3. Esclarece esta Expert, que, todas as distinções entre a lei e o decreto é que a lei obriga a fazer ou deixar de fazer, e o decreto, não. É o princípio genérico da legalidade, previsto expressamente no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei”. Somente a lei pode inovar o Direito, ou seja, criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações. Dentre as funções do decreto, a principal é a de regulamentar a lei, ou seja, descer às minúcias necessárias de pontos específicos, criando os meios necessários para fiel execução da lei, sem, contudo, contrariar qualquer das disposições dela ou inovar o Direito.

6

O Decreto nº 45.490/2000 excedeu os estreitos limites da lei e criou uma nova obrigação. O contribuinte que recolhe o ICMS na saída da mercadoria fabricada com papel usado, apara de papel, sucata de metal, casco de vidro, retalho, fragmento ou resíduo de plástico, de borracha ou de tecido não pode ser punido por estar cumprindo o mandamento legal. Nesse sentido:

“TRIBUTO ICMS Sūcata _ Diferimento _ Fato gerador Saída da mercadoria: O ICMS decořrente da entrada de sucata somente é devido na saída do produto industrializado. TRIBUTO ICMS Insumos Processo produtiūo _ Dilação probatória _ Necessidade: necessidade de dilação probatória para confirmação de que os insumos que geraram o crédito glosado foram consumidos integralmente no processo industrial.” (Agravado de Instrumento nº 2245488-33.2018.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, j. 04/02/19)



O caso, portanto, é de reforma da r. sentença para julgar procedentes os embargos e anular o AIIM nº 3.133.174-9, com a consequente extinção da execução fiscal.

Quanto aos ônus da sucumbência, por outro lado, cabe tecer algumas considerações.

Os honorários advocatícios caracterizam-se como verba de natureza remuneratória devida pela parte que sucumbe ao patrono do vencedor, estando diretamente relacionada ao trabalho realizado pelo advogado no processo e sujeita a controle judicial. Não se destinam a inibir o acesso à Justiça nem constituem uma espécie de sanção, penalidade ou punição pelo indesejável aumento da litigiosidade havido nos últimos anos.

Diante da estreita relação entre o trabalho executado e a verba honorária, da mesma forma que é cabível o arbitramento por

7

equidade nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º), pela mesma razão há de se adotar o arbitramento por equidade nas hipóteses em que o valor elevado da causa ou do proveito econômico resultar em honorários incompatíveis com o trabalho executado no processo.

É o que ocorre no caso concreto em que o trabalho dos advogados da embargante, conquanto louvável, não justifica a condenação dos Poder Público no pagamento de pagamento de honorários de centenas de milhares de reais.

Afinal, não se pode ignorar que nas causas em que



a Fazenda Pública atua como parte e sucumbe a condenação em verba honorária afeta recursos públicos, que sabidamente são escassos e finitos, razão pela qual o ato também está adstrito aos princípios regentes da probidade administrativa, dentre os quais o da moralidade e da razoabilidade.

Nesse cenário, incabível a condenação cega, automática e tarifada do art. 85, § 3º, CPC, pois atentatória à livre convicção do magistrado e à razoabilidade que deve pautar as decisões judiciais de modo a evitar o enriquecimento ilícito. A propósito, foi como decidiu o Colendo STJ em recente julgado, cuja ementa está assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. CANCELAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA. DESPROPORCIONALIDADE EVIDENCIADA. JUÍZO DE EQUIDADE. POSSIBILIDADE.

1. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 85, dedicou amplo capítulo para os honorários advocatícios sucumbenciais, estabelecendo novos parâmetros objetivos para a fixação da verba, com a estipulação de percentuais mínimos e máximos sobre a dimensão econômica da demanda (§ 2º), inclusive nas causas envolvendo a Fazenda Pública (§ 3º), de modo que, na

8

maioria dos casos, a avaliação subjetiva dos critérios legais a serem observados pelo magistrado servirá apenas para que ele possa justificar o percentual escolhido dentro do intervalo permitido.

2. Não é possível exigir do legislador que a tarifação dos honorários advocatícios por ele criada atenda com razoabilidade todas as situações possíveis, sendo certo que a sua aplicação em alguns feitos pode gerar distorções.

(...)

8. A aplicação do juízo de equidade na hipótese vertente não caracteriza declaração de inconstitucionalidade ou negativa de vigência do § 3º do art. 85 do CPC/1973, mas interpretação sistemática de regra do processo civil orientada conforme os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, tal como determina hoje o art. 1º do CPC/2015, pois fugiria do alcance dos referidos princípios uma interpretação literal que implicasse evidente enriquecimento sem causa de um dos sujeitos do processo, sobretudo, no caso



concreto, em detrimento do erário municipal, já notoriamente insuficiente para atender as necessidades básicas da população.

9. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.795.760/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, j. 21/11/2019).

Diante do trabalho desempenhado, do zelo dos profissionais e da complexidade da causa, melhor se afigura a fixação da verba honorária em R\$ 60.000,00, nos termos do art. 85, § 1º, 8º e 11, CPC.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso para reformar a r. sentença apelada e julgar procedentes os embargos, anular o AIIM nº 3.133.174-9 e julgar extinta a execução fiscal, nos termos acima especificados.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator