



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Processo nº **3002259-82.2021.8.26.0000**

Relator(a): **FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA**

Órgão Julgador: **13ª Câmara de Direito Público**

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FESP** em face de r. decisão proferida nos autos da execução fiscal (nº 1513131-22.2019.8.26.0577) ajuizada pela ora agravante em face de -----, que não acolheu exceção de preexecutividade em relação a multa aplicada.

A r. decisão vergastada (fls. 214/216 da execução fiscal) proferida pelo Juízo do Setor de Execuções Fiscais da Comarca de São José dos Campos, possui o seguinte teor:

“Vistos.

----- opôs EXCEÇÃO DE

PRÉ-EXECUTIVIDADE à execução fiscal que lhe move a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sob alegação de incidência de multa de caráter confiscatório aplicada no Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.077.197.

Instada a se manifestar a respeito, a excepta ofereceu impugnação, alegando inadequação de via eleita, ante a necessidade de produção de provas. (fls. 46/57)

Brevemente relatado, D E C I D O:

Não tendo a excipiente questionado a regularidade do auto de infração, mas tão somente a ilegalidade da multa punitiva aplicada, não há que se falar em inadequação de via eleita, sendo plenamente cabível a oposição de exceção de pré-executividade para debater questões como a aqui tratada unicamente de direito e sem qualquer necessidade de análise das provas dos autos.

No mérito, o efeito confiscatório deve ser aferido segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade, devendo coadunar-se com a gravidade e os efeitos da conduta lesiva, com observância, ainda, do caráter repressivo e educativo da punição.

No caso em comento, o exame da peça inicial apresentada e as CDAs de fls. 2/21 permitem ponderar que o montante exigido pela exequente se mostra exagerado e excessivo, posto que o valor principal do débito seria de R\$99.208,68, enquanto que o valor da multa punitiva foi fixado em R\$501.851,28.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sendo essa a situação, há que se considerar que a multa decorrente da obrigação acessória imputada se mostra desproporcional em relação ao tributo devido pela sonegação. E a prática mais danosa, que é a sonegação do imposto, mostrou-se sancionada com multa menor, o que não é coerente.

Debruçando-se sobre a questão envolvendo a adequabilidade do valor da multa fiscal, o E. Supremo Tribunal Federal adotou o posicionamento de que a penalidade adquire efeito confiscatório quando ultrapassar 100% do valor do imposto devido:

“(...) Em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.(...)”(ARE 905685 Agr-segundo/GO, 1ª Turma, rel. Min.Roberto Barroso, julg. 26.10.2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA PUNITIVA DE 120% REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. Adequação aos parâmetros da Corte. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária.

Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. O acórdão recorrido, perfilhando adequadamente a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, reduziu a multa punitiva de 120% para 100%. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 836.828 / RS, rel. Min. Roberto Barroso).

Neste sentido também o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA CONFISCATÓRIA. EXCESSO PUNITIVO. LIMITAÇÃO DA MULTA AO EQUIVALENTE A 100% DO VALOR DO TRIBUTO. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2206372-88.2016.8.26.0000 - Comarca de São Paulo - 4ª Câmara de Direito Público - 21 de novembro de 2016 Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com tais fundamentos, ACOELHO a exceção oposta, determinando à exequente que proceda à substituição das CDAs para reduzir a multa punitiva aplicada ao limite de 100% (cem por cento) do montante do imposto cobrado. Não extinta a execução, descabida a condenação em honorários. Int”.

Aduz a ora agravante, em síntese, que: a) há necessidade de dilação probatória para análise da matéria atinente à fixação da multa; b) a r. decisão agravada vai contra texto expresso da lei; c) a sanção foi aplicada corretamente; d) subsidiariamente requer que a sanção do item I.1 do AIIM seja reduzida a 100% do tributo, mantendo-se as penalidades aplicada para os demais itens do auto de infração; e) não há que se falar em iliquidez do título ante a necessidade de cálculo aritmético para expurgo da parcela considerada indevida; f) as penalidades aplicadas em relação às multas isoladas são legais e não poderiam ser reduzidas. Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, a reforma da r. decisão agravada.

É o breve relatório.

1. De início, saliento que a r. decisão agravada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Por sua vez, ressalto que o presente recurso veio distribuído a esta Relatora por prevenção ao AI nº 3000891-43.2018.8.26.0000, interposto nos autos da Tutela Antecedente nº 1027730-91.2017.8.26.0577, interposta pela empresa ora agravada.

Em supra referida Tutela Antecedente, a empresa (ora agravada)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pleiteava a sustação do protesto da CDA nº 1.239.263.857, sob o argumento de caráter confiscatório da multa punitiva.

Posteriormente, houve o aditamento da petição inicial, no qual a empresa (ora agravada) pleiteou a anulação da CDA, sob argumento de inconstitucionalidade dos juros aplicados, bem como devido ao caráter confiscatório da multa punitiva.

A r. sentença (proferida nos autos nº 1027730-91.2017.8.26.0577) julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação ajuizada por -----, em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, para declarar inexigíveis os juros de mora incidentes sobre o débito fiscal, indicado na CDA nº 1.239.263.857, que excedam a SELIC; e para determinar que a ré limite a multa incidente sobre o débito a 100% do seu valor; bem como para determinar que a ré recalcule o valor da dívida, ficando impedida de prosseguir na sua cobrança e execução enquanto não o fizer, nos termos da fundamentação supra. Confirma-se a tutela antecipada concedida. [...]”.

Interposto recurso de apelação pela FESP, esta C. 13ª Câmara de Direito Público negou provimento ao recurso em 28.09.2020.

A FESP interpôs recurso extraordinário.

Por sua vez, em 08.03.2021, a E. Presidência da Seção de Direito Público determinou o sobrestamento do feito em virtude do Tema nº 863 do E. STF.

2. No mais, pelo que se depreende dos autos principais, a FESP lavrou em desfavor da ora agravante AIIM nº 4.077.197-0, pelos seguintes motivos:

“I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO:
1. Deixou de pagar o ICMS no valor total de R\$ 3.246,69 (tres mil, duzentos e quarenta e seis reais e sessenta e nove centavos), nas datas e valores especificados no demonstrativo denominado Anexo I, devido a título de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diferencial de alíquota em face das entradas interestaduais de mercadoria oriunda de outro Estado da Federação destinada ao uso e consumo do próprio estabelecimento, conforme se demonstra pelos documentos juntados.
INFRINGÊNCIA: Art. 117, do RICMS (Dec. 45.490/00). **CAPITULAÇÃO DA MULTA:** Art. 85, inc. I, alínea "l" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89 II
- INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:

2. *Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R\$ 95.961,99 (noventa e cinco mil, novecentos e sessenta e um reais e noventa e nove centavos), na data e valor especificado no demonstrativo denominado Anexo II, decorrente de operação de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, conforme se demonstra pelas cópias dos documentos juntadas.*
INFRINGÊNCIA: Art. 278, do RICMS (Dec. 45.490/00). **CAPITULAÇÃO DA MULTA:** Art. 85, inc. II, alínea "j" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

III - INFRAÇÕES RELATIVAS A DOCUMENTOS FISCAIS E IMPRESSOS FISCAIS:

3. *Emitiu, no mês de dezembro de 2014, conforme detalhado no demonstrativo abaixo, documentos fiscais no valor total de R\$ 315.000,00 (trezentos e quinze mil reais), sem a correspondente saída de mercadoria. Chave Data Num Valor (R\$)*
35141207504504000198550010000490881000287214 11/12/14 49088
157.500,00

35141207504504000198550010000490891000287220 11/12/14 49089
157.500,00

INFRINGÊNCIA: Art. 204, do RICMS (Dec. 45.490/00). **CAPITULAÇÃO DA MULTA:** Art. 85, inc. IV, alínea "b" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

IV - INFRAÇÕES RELATIVAS A LIVROS FISCAIS, CONTÁBEIS E REGISTROS MAGNÉTICOS:

4. *Deixou de escriturar, nas datas e valores relacionados no Anexo III, Notas Fiscais Eletrônicas - Modelo 55 - relativas à entrada de mercadoria no estabelecimento em operações tributadas, sendo que já se encontravam escrituradas as operações do período. Valor das operações: R\$ 2.037.374,44 (dois milhões, trinta e sete mil, trezentos e setenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos)*

INFRINGÊNCIA: Arts. 214, art. 250-A, do RICMS (Dec. 45.490/00). **CAPITULAÇÃO DA MULTA:** Art. 85, inc. V, alínea "a" c/c §§ 9º e 10º, da Lei 6.374/89" (fls. 58/59 da execução fiscal).

Por sua vez, a FESP ajuizou execução fiscal em face da ora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agravada, indicando como total do tributo o montante de R\$ 99.208,68 e como total de multa o valor de R\$ 501.851,28, totalizando, assim, o valor de R\$ 601.059,96 (CDA nº 1.239.263.857) fls. 2/21 (da execução fiscal).

A executada (ora agravada) opôs exceção de pré-executividade (fls. 26/32 da execução fiscal) que foram acolhidas pelo Juízo Singular para o fim de determinar que a FESP, ora agravante, proceda a substituição das CDA para reduzir a multa punitiva aplicada ao limite de 100% do montante do imposto cobrado.

Pois bem.

3. A um primeiro exame, verifico que não convergem os requisitos para concessão de efeito suspensivo ao recurso (art. 1.015, parágrafo único, art. 1.019, I e art. 995, parágrafo único do CPC/2015), pelos motivos a seguir expostos.

Em primeiro lugar, observo que o caráter confiscatório da multa punitiva constante na CDA nº 1.239.263.857 já foi objeto de discussão na Ação nº 1027730-91.2017.8.26.0577, ajuizada pela empresa (ora agravada) em face da FESP.

Ainda que não tenha transitado em julgado, foi proferida na supra referida ação r. sentença, mantida por v. acórdão desta C. 13ª Câmara de Direito Público, de Relatoria desta subscritora, limitando a multa punitiva a 100% do valor do tributo.

Deste modo, tendo em vista que, em princípio, os recursos interpostos aos Tribunais Superiores não possuem efeito suspensivo, não há, neste momento processual, como a FESP manter a CDA nº 1.239.263.857 com o cálculo da multa acima de 100% do valor do tributo.

Ainda que assim não fosse, em que pese o argumento da FESP,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entendo, em análise perfunctória, que a verificação do percentual da multa punitiva aplicada, independe de instrução probatória, podendo ser analisada na via da exceção de pré-executividade.

Corroborando o acima explicitado, o fato da própria FESP ter apontado em sua petição os percentuais aplicados para cada item do AIIM em questão, não sendo necessário a realização de cálculo para tanto.

Por sua vez, é possível extrair do AIIM nº 4.077.197-0 que sobre os valores constantes nos itens 1.1 a 1.15 foi aplicado o percentual de multa de 150% sobre o valor do tributo (fl. 60 da execução fiscal).

A própria FESP sustenta que o percentual aplicado para o item 1 foi de 150% do valor do tributo, nos termos da legislação vigente à época da lavratura do AIIM (12.04.2016).

No entanto, quanto à multa punitiva o entendimento do E. STF é no sentido de que há violação à proibição de confisco quando a multa supera o valor do tributo, ou seja, quando é maior do que 100% do crédito devido (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS).

Deste modo, em princípio, não importa a data em que aplicado o percentual da multa punitiva.

Neste sentido, também é o entendimento firmado por esta C. 13ª Câmara de Direito Público, “*verbis*”:

“Execução fiscal. Débito de ICMS e multa. Objeção de pré-executividade. Disputa sobre legalidade da taxa dos juros e confiscatoriedade da multa punitiva e inserção de juros na sua base de cálculo. Matérias apenas de direito. Cabimento. Inconstitucionalidade parcial da Lei Estadual nº 13.918/09 reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte. Multa punitiva superior a 100% do valor do imposto devido. Caráter confiscatório. Precedentes no E Supremo Tribunal Federal. Recurso desprovido”. (TJSP; Agravo de Instrumento 3001901-20.2021.8.26.0000; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais
Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 07/04/2021; Data
de Registro: 07/04/2021).

4. Nesta perspectiva, indefiro o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso, devendo ser mantida a r. decisão agravada, ao menos até reexame do tema por esta relatora ou Col. Câmara.

5. Comunique-se ao il. Juízo da causa, sendo dispensadas as informações.

6. Intime-se a agravada para contraminuta, no prazo legal, conforme art. 1.019, II do CPC/2015; 7.

Após, tornem conclusos.

Int.

São Paulo, 26 de abril de 2021.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Relatora