



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível

Gabinete Desembargador Ricardo Paes Barreto

Recurso de agravo nº 137523-7/01 - Comarca do Recife

Agravante: Estado de Pernambuco.

Agravado: AFF Petróleo Ltda.

5527

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO DE AGRAVO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO EXECUTIVO. MULTA DE 200%. EFEITO CONFISCATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O feito executivo deve prosseguir imediatamente, mas com a redução do percentual da multa fiscal para 30% (trinta) por cento. 2. Isso porque, o STF vem reiteradamente decidindo que seu montante desproporcionado tem caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV, da CF (confirmam-se RE 81550/MG, rel. Min. Xavier de Albuquerque, RE 91707/MG, Rel. Min. Moreira Alves, RE 492842/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, e ADI 551, rel. Min. Ilmar Galvão), devendo ser reduzida a patamar razoável, no caso a 30% (trinta por cento) do valor devido (confirmam-se RE 239964/RS, rel. min. Ellen Gracie, e RE 220284/SP, rel. Min. Moreira Alves), razão que não considero vulnerados os dispositivos constantes nos arts. 520, V, e 739, § 1º, do CPC e a Súmula nº 317 do STJ. 3. Recurso de agravo improvido por maioria de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso de agravo nº 137523-7/01, acima referenciados, julgados em sessão do dia 03/12/2009, ACÓRDÃO os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em negar-lhes provimento, nos termos da ementa supra, e do voto e notas taquigráficas em anexo, que fazem parte integrante deste julgado.

P.R.I.

Recife, 11 de fevereiro de 2010

Des. Ricardo Paes Barreto - Presidente e relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
8ª Câmara Cível

Salvato Desembargador Ricardo Pires Barreto

Recurso de agravo nº 137523-7/01 - Comarca do Recife
Agravante: Estado de Pernambuco.
Agravado: AFF Petróleo Ltda.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo diante de decisão monocrática que deu parcial provimento ao apelo, para afastar a extinção processual não meritória e julgar improcedentes os embargos à execução fiscal pioneira, que deve prosseguir, com redução do percentual da multa fiscal para 30% (trinta) por cento.

Segundo o agravante, a decisão que se busca integrar merece reforma, pois não foi demonstrado pelo agravado que a imposição da multa no percentual de 200% (duzentos por cento) pelo fisco teria feição confiscatória, bem como para ser apreciada a apelação civil adesiva da Fazenda Pública que requer o prosseguimento da execução fiscal sem a necessidade do trânsito em julgado da sentença que rejeitou os embargos à execução fiscal, prequestionando-se explicitamente os arts. 520, V, e 739, § 1º, do CPC e a Súmula nº 317 do STJ, ditos violados.

Requer, ao final, o provimento do integrativo, para fins de destrancamento do apelo, com seu regular seguimento.

É o relatório.

VOTO

Eis o teor da decisão monocrática agravada:

"(...)

Impende registrar que merece acolhida a tese revisional, vez que o auto de penhora e a respectiva intimação constam dos autos da execução fiscal, que estava apensada aos autos dos embargos executivos, elementos capazes de manuseio pelo próprio juízo, exigidos para o exame de sua admissibilidade. No sentido posto, confira-se o precedente do STJ, constante do Resp 264644/MT, T4, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 10/02/2003, com outro precedente citado Resp 84856/RJ, logo, conheço os presentes embargos à execução. Outrossim, cumpre destacar que, conforme autorização contida no art. 515, § 3º, do CPC, o tribunal poderá julgar o mérito da causa, nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito pelo órgão *a quo*, desde que a causa verse exclusivamente sobre questões de direito e esteja em condições de imediato julgamento, o que se amolda ao caso em tela. Desta feita, no mérito, verifico que não subsiste a alegação do embargante de falta de liquidez e certeza do título extrajudicial que instruiu a execução, uma vez que, se encontra sedimentada na jurisprudência do STJ, no sentido de que a presunção

22
X
114

de certeza e liquidez que milita em favor da dívida regularmente inscrita somente pode ser afastada por prova insofismável, confira-se arestos adiante ementados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO-GERENTE. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisa todas as questões atinentes à lide, só que de forma contrária aos interesses da parte. 2. Se o nome do sócio da empresa executada já consta da CDA, inverte-se o ônus da prova, cabendo a este sócio provar que não incorreu em qualquer das hipóteses descritas no art. 135 do CTN, ante a presunção juris tantum de certeza e liquidez do título executivo. Entendimento consolidado mediante o julgamento do Resp 1.104.900/ES, consoante a sistemática do art. 543-C do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos. 3. O art. 97, I, do CTN não foi prequestionado, mesmo por ocasião dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 922685/MG, T2, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 13/05/2009).

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - ART. 135 DO CTN - CDA - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LIQUIDEZ E CERTEZA - ÔNUS DA PROVA. 1. Depreende-se do artigo 135 do CTN que a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade. 2. A Primeira Seção, no julgamento do EREsp 702.232/RS, de relatoria do Min. Castro Meira, assentou entendimento segundo o qual: 1) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; 2) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus probatório de demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; e 3) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção juris tantum de liquidez e certeza da referida certidão. 3. Na hipótese dos autos, a Certidão de Dívida Ativa incluiu o sócio-gerente como co-responsável tributário, cabendo a ele os ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN. Recurso especial provido (REsp 969382/PR, T2, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 11/04/2008). Sendo assim, verifico, considerando a falta de provas nos autos, que resta incólume a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título em análise, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.830/80, logo, se revela capaz de levar avante a pretensão executória da Fazenda Estadual para o recebimento de seu crédito. No mais, quanto ao questionado percentual da multa imposta no caso concreto, ainda que fiscal, o STF vem reiteradamente decidindo que seu montante desproporcionado tem caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV, da CF (confirmam-se RE 81550/MG, rel. Min. Xavier de Albuquerque, RE 91707/MG, Rel. Min. Moreira Alves, RE 492842/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, e ADI 551, rel. Min. Ilmar Galvão), devendo ser reduzida a patamar razoável, no caso a 30% (trinta por cento) do valor devido (confirmam-se RE 239964/RS, rel. min. Ellen Gracie, e RE 220284/SP, rel. Min. Moreira Alves). Diante de todo o exposto, com arrimo no art. 557, § 1º - A, do CPC, dou parcial provimento ao apelo, para afastar a extinção processual não meritória e julgar improcedentes os embargos à execução fiscal pioneira, que deve prosseguir, com redução do percentual da multa fiscal para 30% (trinta) por cento, não considerando vulnerados os dispositivos de lei explicitamente prequestionados. Com o trânsito em julgado, baixem-se os autos ao juízo de origem."

10

23
P
115
Segundo o agravante, deve ser apreciada a apelação civil adesiva da Fazenda Pública que requer o prosseguimento do feito executivo sem a necessidade do trânsito em julgado da sentença que rejeitou os embargos à execução fiscal, bem como que não foi demonstrado pelo agravado que a imposição da multa no percentual de 200% (duzentos por cento) pelo fisco implicaria objetivamente em confisco de seu patrimônio.

Ocorre que tais argumentos não devem prosperar, posto que já restou determinado na decisão fustigada que se revela capaz de levar avante a pretensão executória da Fazenda Estadual para o recebimento de seu crédito, ou seja, o feito executivo deve prosseguir imediatamente, mas com a redução do percentual da multa fiscal para 30% (trinta) por cento.

Isso porque, quanto ao questionado percentual da multa imposta no caso concreto, ainda que fiscal, o STF vem reiteradamente decidindo que seu montante desproporcionado tem caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV, da CF (confirmam-se RE 81550/MG, rel. Min. Xavier de Albuquerque, RE 91707/MG, Rel. Min. Moreira Alves, RE 492842/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, e ADI 551, rel. Min. Ilmar Galvão), devendo ser reduzida a patamar razoável, no caso a 30% (trinta por cento) do valor devido (confirmam-se RE 239964/RS, rel. min. Ellen Gracie, e RE 220284/SP, rel. Min. Moreira Alves).

Diante de todo o exposto, nego provimento ao presente recurso de agravo, não considerando vulnerados os dispositivos de lei explicitamente prequestionados.

É como voto.

Recife, 03 de dezembro de 2009

Des. Ricardo Paes Barreto
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª. CÂMARA CÍVEL

RECURSO DE AGRAVO Nº 137523-7/01
AGRAVANTE: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)
AGRAVADO: AFF Petróleo Ltda.
RELATOR: Des. Ricardo Paes Barreto

VOTO - VISTA

Trata-se, na origem, de **embargos à execução fiscal** aforados pela **AFF Petróleo Ltda.** em face da **Fazenda Estadual**.

O Juízo *a quo* indeferiu liminarmente os embargos por considerar que a inicial não veio instruída com documento essencial à propositura da lide.

Apreciando o apelo do contribuinte, o eminente relator afastou o vício formal e, em aplicação do direito à espécie (CPC, art. 515, § 3º), julgou parcialmente procedentes os embargos, "*com redução do percentual da multa fiscal para 30% (trinta) por cento*", embasando seu entendimento em precedentes do STF.

Apenas a Fazenda Estadual apresentou Recurso de Agravo (ora em julgamento), pugnando pela manutenção da multa no percentual originário.

Nesses termos, a única questão devolvida ao colegiado é justamente saber se a multa em foco (de 200%) possui, ou não, o caráter confiscatório vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal.

Feito este breve relato, passo a me pronunciar.

Tenho que a redução do percentual de multas tributárias, à luz do princípio da proporcionalidade, conquanto possível em tese, é sempre **excepcional e condicionada à demonstração concreta** da falta de correlação, dentro da lógica do razoável, entre o conteúdo da pena (inclusive o pecuniário) e a gravidade da infração cometida.

Isto especialmente em se tratando de multas tributárias de **caráter penal** (senso estrito), em comparação com as multas meramente **moratórias**.

Vale a pena invocar, no tocante à distinção entre essas espécies de multa, o ensinamento de Zelmo Denari e Paulo José da Costa Jr. (in "Infrações Tributárias e Delitos Fiscais", Ed. Saraiva, p. 24):



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª. CÂMARA CÍVEL

25
8
117

"(...) as multas de mora - derivadas do inadimplemento puro e simples de obrigação tributária regularmente constituída - são sanções inconfundíveis com as multas por infração. Estas são cominadas pelos agentes administrativos e constituídas pela Administração Pública em decorrência da violação de leis reguladoras da conduta fiscal, ao passo em que aquelas são aplicadas em razão da violação do direito subjetivo de crédito (...)

Como é intuitivo, a estrutura formal de cada uma dessas sanções é diferente, pois, enquanto as multas por infração são infligidas com caráter intimidativo, as multas de mora são aplicadas com caráter indenizatório. De uma maneira mais sintética, Kelsen refere que, ao passo que o Direito Penal busca intimidar, o Direito Civil quer ressarcir.

A consequência mais evidente dessa diversidade de estruturação formal se manifesta no momento de cominação da sanção: as multas por infração só podem ser aplicadas mediante prévio procedimento constitutivo, cujo ponto de partida, nos mais das vezes, é a lavratura do auto de infração. E a tipificação da respectiva infração atua como pré-requisito para cominação da penalidade. Por sua vez, as multas de mora, derivadas do inadimplemento, estão previstas na legislação tributária e, assim sendo, não dependem de constituição, sendo aplicadas pela fiscalização ex vi legis."

Em sede de ICMS, **essa distinção é absolutamente essencial**, visto tratar-se de tributo que, de regra, é lançado pelo **próprio contribuinte** (via auto-lançamento, ou, em outras palavras, via lançamento sujeito à posterior homologação fiscal).

Nessa espécie tributária, toda a estrutura das penalidades (multas) imputadas às diversas infrações tributárias tem a sua lógica direcionada a compelir o contribuinte a ser exato e fidedigno na documentação e escrituração de suas operações comerciais, pois que, em regra, é exatamente com base nesses dados do próprio contribuinte que a autoridade fazendária exerce a maior parte (e a parte principal) de sua atividade fiscalizatória.

Daí porque as penas (multas) são tão mais gravosas quanto mais as infrações cometidas sejam tendentes a omitir a prática de operações tributáveis.

Note-se, por pertinente, que a alíquota-padrão do ICMS, de 17%, é alta o suficiente para gerar rapidamente passivos tributários significativos e - o que é pior - para desequilibrar o regime de concorrência (na medida em o contribuinte "regular" não tem a menor condição de concorrer com o comerciante que não se submete à tributação).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª. CÂMARA CÍVEL

Nesse contexto, as multas de caráter penal (senso estrito) têm, mesmo, que ser suficientemente "pesadas" para desestimular o comerciante a não escriturar corretamente as operações que realiza.

Deveras, se não houver o auto-lançamento correto, fluirá o prazo decadencial (de 5 anos) para o lançamento de ofício, contado da data do fato gerador. Findo este prazo sem que o fisco lance o tributo, este não mais poderá ser cobrado.

Ou seja, a pena pecuniária (multa), derivada de cometimento de infração tributária, tem que ser suficientemente alta para tornar desinteressante para o contribuinte, do ponto de vista econômico-financeiro, o risco de não declarar a ocorrência de operação tributável.

Se assim não for, é óbvio que os contribuintes tenderão a descumprir as suas obrigações tributárias.

Tanto que, em perspectiva histórica, impende consignar que a onerosidade das penas pecuniárias em tempo algum foram só por si suficientes para gerar uma cultura de respeito às leis tributárias, razão pela qual algumas práticas, mais graves, passaram a constituir **ilícitos penais (crimes)**.

Por outro lado, anoto que, em sede de ICMS, é extremamente difícil, no plano concreto, cogitar de multa com "efeito confiscatório".

Isso porque as multas - mesmo a maior delas (a de 200%) -, são calculadas com base no imposto devido, que por sua vez é calculado com base em alíquota percentual (geralmente 17%).

Logo, mesmo a mais pesada das multas não terá aptidão para absorver o valor da operação tributável (muito embora certamente a torne deficitária).

Feitas essas considerações de ordem geral, observo que, no caso dos autos, está-se a discutir acerca de multa por **infração** à lei tributária, e não acerca de multa moratória.

Registro, a propósito, que o Auto de Infração (visualizado à fl. 223) consigna que o contribuinte "*deixou de recolher o ICMS Normal, incidente sobre de 12.515 lts. de álcool hidratado carburante, 10.829 lts de óleo diesel e 11.629 lts. de gasolina, adquiridos em 01.09.97, sem comprovação de suas origens e sem escrituração em seus livros de Registro de Entradas e Registro de Apuração de ICMS*".

Trata-se, pois, de hipótese típica de tentativa do contribuinte de furtar-se à incidência da tributação, mediante descumprimento do dever legal de registrar as mercadorias que transitam pelo seu estabelecimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª. CÂMARA CÍVEL

27

X

119

Em casos que tais, é necessário, como dito, que a reprimenda pecuniária tenha aptidão para tornar claramente desvantajosa a opção pela sonegação de dados, sem o que restarão os contribuintes fatalmente induzidos à ilicitude (se compensatória for a respectiva relação custo-benefício).

Por outro lado, impende notar que a quase totalidade dos precedentes do STF colecionados pelo eminente relator dizem respeito à redução, pela via jurisdicional, à luz do princípio da proporcionalidade, de multas tributárias de natureza **moratória**.

As multas moratórias têm funcionalidade idêntica tanto nos impostos lançados de ofício quanto nos impostos baseados em lançamentos por homologação, qual seja a de reprimir a mera impontualidade no pagamento do crédito.

Exatamente por isso é que as multas moratórias são naturalmente fixadas em percentuais muito menores do que as multas de caráter penal (senso estrito).

Essa mesma raiz teleológica extrai-se dos precedentes do STF citados pelo eminente relator:

(i) o RE 239694/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, assenta que *"A multa **moratória** de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco"*;

(ii) o RE 220284/SP, Rel. Min. Moreira Alves, consigna que *"Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa - que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária - de 30% por sobre o valor do imposto devido, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório"* (sendo certo que, da leitura do inteiro teor do acórdão, claramente se vê que a discussão dizia respeito a multa **moratória**).

Nessa mesma linha, vale a pena transcrever o inteiro teor da decisão do Min. Joaquim Barbosa no RE 492842/RN, *verbis*:

"Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão que reduziu, de 75% para 20% do valor principal, o montante da multa moratória imposta ao contribuinte.

Sustenta a União que a multa é mera penalidade pecuniária não abarcada pela vedação constitucional do art. 150, IV, o qual somente se aplicaria a tributos (fls. 271-282).

CM



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª. CÂMARA CÍVEL

28
120
\$

É antiga a orientação da Segunda Turma no sentido de que a multa moratória, quando estabelecida em montante desproporcional, tem feição confiscatória e deve ser reduzida (cf. RE 91.707, rel. min. Moreira Alves, DJ de 29.02.1980, e RE 81.550, rel. min. Xavier de Albuquerque, DJ de 13.06.1975).

Esse entendimento foi confirmado pelo Pleno por ocasião do julgamento da ADI 551 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 14.02.2003). Na oportunidade, a Corte **concluiu que a multa tem caráter confiscatório quando revela desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica**. Eis a ementa dessa decisão:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA.

A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal.

Ação julgada procedente."

Por outro lado, o Tribunal já decidiu que multas estabelecidas nos percentuais de 20% ou 30% do valor do imposto devido não são abusivas nem desarrazoadas, portanto não implicam necessariamente ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Nesse sentido: RE 239.964 (rel. min. Ellen Gracie, DJ de 09.05.2003) e RE 220.284 (rel. min. Moreira Alves, DJ de 10.08.2000).

Dessas orientações não divergiu o acórdão recorrido.

Do exposto, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso."

Em suma, penso que o entendimento jurisprudencial da Corte Excelsa invocado nestes autos guarda pertinência com as chamadas **multas moratórias**, pelo que os percentuais nelas adotados como parâmetro de razoabilidade **não se aplicam às multas penais** (senso estrito), as quais possuem escopo funcional **distinto**, sendo exatamente por isso estruturadas e aplicadas mediante parâmetros distintos.

Feitas essas reflexões, tenho que, muito embora juridicamente possível a redução, à luz do princípio da proporcionalidade, das multas tributárias (não apenas as moratórias mas também as penais, senso estrito), **não se revelam desproporcionais ou abusivas** as multas de 200% que tenham por objeto **apenas**



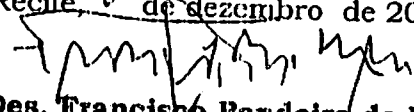
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª. CÂMARA CÍVEL

condutas comissivas ou omissivas do contribuinte responsável pelo auto-lançamento, que sejam tendentes a omitir do conhecimento da fiscalização a própria ocorrência em si do fato gerador do imposto, como é o caso dos autos.

Não visualizo, pois, com a aplicação da multa em tela, qualquer ofensa ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Com esses fundamentos, peço vênias para **dar provimento** ao Recurso de Agravo interposto pela Fazenda Estadual, em ordem a **manter íntegra a multa** (de caráter penal, não moratória), constante da Certidão da Dívida Ativa.

Recife, 3 de dezembro de 2009


Des. Francisco Bandeira de Mello