



686

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Terceira Câmara de Direito Público

Apelação Cível nº 310144-6 – Recife (2ª Vara de Executivos Fiscais Estaduais)

Apelante: Estado de Pernambuco

Procurador: Rafael Farias Loureiro Amorim

Apelado: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogado : Tiago Carneiro Lima PE010422

Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

EMENTA: CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A DECADÊNCIA DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO FISCO. ICMS. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 150, §4º, CTN. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO. DESCABIMENTO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE CULMINOU NA NULIDADE, POR VÍCIO DE FORMA, DO LANÇAMENTO ANTERIOR. INTERRUÇÃO. INCIDÊNCIA DA REGRA CONTIDA NO ART. 173, II, CTN. RESTAURAÇÃO INTEGRAL DO PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 005.02646/06-3 DENTRO DO QUINQUÊNIO LEGAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. CONDIÇÃO DE EFICÁCIA (E NÃO DE EXISTÊNCIA) AO LANÇAMENTO. ART. 515, §3º, CPC. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS-ST PELA PARTE EMBARGANTE/APELADA. MÁ INTERPRETAÇÃO DE DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA ANTECIPADA E DE DECISÃO COMPLEMENTAR EXARADA EM AÇÃO DIVERSA, PROPOSTA POR PESSOA ALHEIA (PETROMOL LTDA). OPERAÇÕES FUTURAS. RELAÇÃO ENTRE PETROMOL E VOLKSWAGEN. EXTRAPOLAMENTO DOS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL. OFENSA À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL. MULTA. CONFISCO. CONTROVÉRSIA. REDUÇÃO (POR MAIORIA DE VOTOS) AO PERCENTUAL DE 40% (QUARENTA POR CENTO). VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO. JUÍZO DE EQUIDADE. APELAÇÃO CÍVEL QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA, DE FORMA UNÂNIME, AFASTAR A DECADÊNCIA RECONHECIDA NA SENTENÇA, DISSO ADVINDO O JULGAMENTO MERITÓRIO E A PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, APENAS PARA REDUZIR POR MAIORIA DE VOTOS O PERCENTUAL DA MULTA TRIBUTÁRIA APLICADA, RESTANDO VENCIDO, APENAS NESSE TÓPICO, O VOTO DO RELATOR.

1 - Conquanto se alegue a "possível intempestividade" do apelo do Estado de Pernambuco sob o fundamento de que a petição datada de 05.02.2013 não teria o condão de validamente reiterar aquele recurso, eis que anterior ao julgamento dos seus (apelada) aclaratórios em 01.03.2013, vê-se que, após procedido o julgamento daqueles embargos em 01.03.2013, com sua posterior publicação na imprensa oficial em 03.04.2013 (vide certidão de fl. 602), o Estado de Pernambuco tratou de atravessar nova petição à fl. 604, protocolada no dia seguinte àquela publicação (04.04.2013), reiterando, novamente, aquele seu recurso de apelação cível de fls. 560/581, razão pelo que, diante da regularidade naquela sua atuação, tem-se como imperioso rejeitar a prefacial de intempestividade do apelo. Decisão unânime;

2 - Mérito. Não obstante o crédito tributário constante do Auto de Infração nº 005.00580/01-4 tenha sido constituído em razão do suposto pagamento antecipado a menor do ICMS-Substituto retido pela parte apelada sobre a venda de veículos novos em out/98 a nov/98, situação que, em tese, faria incidir a aplicação da regra encartada no §4º do art. 150 do CTN para efeitos do prazo decadencial tal qual consignado na sentença, fato é que o aludido AI foi julgado nulo perante o TATE por vício formal em 20.12.2001, circunstância que, no caso concreto, implica na



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

restauração integral do prazo quinquenal para constituir aquele seu crédito tributário, nos moldes daquele art. 173, II, do CTN;

3 - Ora, se por um lado o magistrado de piso aparentemente não se apercebeu da real nuance constante nesta causa e da sua consequente repercussão frente à regra decadencial a ser aplicada no contagem do prazo para constituição do crédito tributário em referência - em que pese dito decisum até tenha reconhecido, sem atentar para a relevância jurídica desse fato (!), que "o Auto de Infração nº 005.00580/01-4 foi anulado pelo TATE em 20/12/2001 (fls. 126/129)" (grifei) -, tem-se, de outra banda, que a controvérsia lançada pela parte embargante/apelada frente à natureza do vício de que padeceu aquele lançamento (ato nulo x anulável) não tem razão de ser para efeitos da incidência daquele dispositivo legal, eis que, consoante já se pronunciou o Colendo STJ nos autos do Resp 690382/PE: "É irrelevante se o ato é anulável, nulo ou inexistente, uma vez que o Código Tributário Nacional (em seu art. 173, II) faz alusão, tão-somente, à decisão que houver anulado definitivamente o ato de lançamento em virtude de vício formal, não fazendo qualquer outra distinção entre a natureza dos vícios de que padece o ato";

4 - Quanto à arguição da apelada de que, mesmo na hipótese de aplicação do art. 173, II, CTN, o crédito tributário em discussão já estaria fulminado pela decadência, eis que somente restou notificada desse novo lançamento através do Edital de Intimação nº 04/07, via D.O.E., datado de 23.01.2007, portanto, além do transcurso do prazo de cinco anos da data em que se tornou definitiva a decisão administrativa de nulidade do lançamento anteriormente efetuado (seja em 20.12.01, data de publicação do acórdão TATE 5ª TJ nº 235/2001; seja em 04.01.02, data do trânsito em julgado daquele acórdão), melhor sorte não lhe assiste. Conquanto a notificação se preste a sabidamente conferir efeitos ao lançamento realizado (inclusive quanto à presunção de sua definitividade), dela se iniciando o prazo para pagamento ou impugnação pelo contribuinte, é de se ter em mente que tais consequências jurídicas estão ligadas, apenas, à condição de eficácia (e não de existência) daquele lançamento, circunstância que, ao contrário do que quer fazer crer a parte embargante/apelada, reverbera tão somente sobre os postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa frente aos seus interesses como sujeito passivo, e não sobre o prazo decadencial para constituição do correspondente crédito tributário, cujo marco final não é outro senão, justamente, o próprio ato de lançamento em si e aqui configurado na lavratura do AI nº 005.02646/06-3;

5 - Com tais razões, e considerando que, de fato, diante das singularidades da causa, a regra decadencial para constituição do crédito tributário pelo Fisco é de ser regulada pelo art. 173, II, do CTN, tem-se como imperiosa a reforma da sentença hostilizada, posto que entre a data em que se anulou administrativamente o AI nº 005.00580/01-4 por vício formal (seja considerando a data da publicação do acórdão TATE nº 235/2001 em 20.12.2001; seja a data do seu trânsito em julgado em 04.01.2002) e a data (19.12.2006) da lavratura do AI nº 005.02646/06-3 que lhe sucedeu na constituição do crédito tributário em referência não se ultimou o prazo quinquenal;

6 - Aplicação do art. 515, §3º CPC. Com efeito, bem se vê dos autos que a controvérsia meritória respeitante ao alegado recolhimento a menor pela parte embargante/apelada do ICMS-Substituto retido sobre a venda de veículos novos em outubro/1998 e novembro/1998 às demais revendedoras localizadas neste Estado que não a concessionária Petromol Ltda remete aos autos da Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3 proposta pela aludida empresa concessionária e outra (revendedora de indústria automotiva diversa da apelada) perante a 6ª VFP da Capital contra o Estado de Pernambuco, mais especificamente em relação à tutela antecipada que ali houve concedida e ao seu apontado desvirtuamento durante o período de vigência (outubro/1998 a novembro/1998) por parte da



687

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

embargante/apelada quando se dedicou a implementá-la na condição de Substituta Tributária;

7 - Ora, consoante bem se infere da cópia da decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada em favor da Petromol Ltda nos autos daquela sua Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3, decerto que aquele provimento judicial para ressarcimento do ICMS cobrado antecipadamente a maior teve a sua extensão limitada às operações futuras a serem por ela (Petromol) realizadas com a parte embargante/apelada, e não em prol de terceiros e em razão de operações outras das quais a referida parte sequer teria participação. Partindo dessa inafastável premissa, e embora passando ao largo do acerto ou desacerto daquele decisor, tem-se que a arguição da apelada de que a tutela antecipada foi complementada a posteriori com o despacho datado de 06.11.1998 para estendê-la ao mês de outubro/1998 em favor da Petromol e autorizando que o ressarcimento do ICMS possa ser "descontado do repasse fiscal do Estado" não se traduz na medida expansiva e aleatória adotada pela ora apelada, mas sim deve ser interpretada restritamente dentro do seu real contexto e, como tal, utilizando como parâmetro a relação jurídica (leia-se: operações comerciais futuras) estabelecida entre si (Petromol e Volkswagen), daí porque a sua pitoresca interpretação não se justifica, dela repercutindo, tão só, o recolhimento a menor do tributo devido com a sua consequente e legítima cobrança judicial pela Fazenda Pública;

8 - Nesse contexto, decerto que a responsabilidade para pagamento do tributo que restou recolhido a menor e aqui cobrado judicialmente deve recair sobre os ombros da empresa embargante/apelada, eis que a indevida retenção daquele tributo se deu por ato espontâneo seu na qualidade de Substituta Tributária, ainda que pautada em uma má interpretação de um comando judicial.

9 - Tal responsabilidade, frise-se, em tudo se difere da apontada violação ao princípio da capacidade contributiva, quanto mais quando não se vislumbra qualquer atuação abusiva por parte do Estado, mas, apenas, a cobrança de um imposto devido pela substituta ora apelada em razão de operações outras que não relacionadas com a empresa Petromol Ltda e não recolhido aos cofres públicos por ato de sua voluntariedade. Da mesma sorte, quanto à assertiva da sugerida ofensa ao princípio da não cumulatividade no caso em apreço, eis que seu agir no aproveitamento dos créditos do ICMS estaria respaldado pela regra do art. 155, §2º, I, CF/88, tem-se ela como infundada, na medida em que estamos diante de situação jurídica diversa, relacionada com o instituto da substituição tributária e suas repercussões diante do recolhimento a maior do ICMS antecipadamente recolhido do contribuinte substituído com ressarcimento pelo substituto em prejuízo ao Fisco, o que não se confunde com a aplicação do supramencionado princípio na pura e simples incidência naquele tributo, e tanto é assim que a própria parte apelada aduziu, confessadamente, que "na medida em que foi obrigada a responder prontamente por uma dívida alheia (restituição do indébito tributário à PETROMOL), restou (...) o direito de liquidar a dívida sub-rogada de forma igualmente célere, compensando seus créditos (em razão daquela dívida sub-rogada) com o valor total do ICMS-ST repassado ao Estado e não limitadamente, apenas com os débitos de ICMS-ST relativos as (sic) operações praticadas com a PETROMOL" (fl. 618);

10 - No que pertine, especificamente, sobre a controvérsia atinente ao suposto caráter confiscatório da multa aplicada (200% sobre o valor do imposto), reduz-se o seu percentual, por maioria de votos, restando vencido apenas nesta parte o voto do relator, ao patamar de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do imposto;

11 - Diante do vultoso valor - tal qual dedilhado pela própria parte apelante em suas razões recursais - cobrado nos autos do executivo fiscal na ordem aproximada de R\$ 1.500.000,00 em março/2011, bem assim, de outra banda, que a resolução da presente causa efetivamente não alcançou maior complexidade, eis que, como visto, uma vez afastado o instituto da decadência, sua resolução meritória restou facilitada diante da constatação de que a parte apeada procedeu com o



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

recolhimento a menor do tributo diante de uma má interpretação adotada sobre comando judicial lançado em ação diversa, tenho de bom alvitre, nos moldes do art. 20, §4º, CPC, e levando em consideração, destacadamente, a natureza e importância da causa, bem assim o grau de zelo profissional dos procuradores da parte vencedora, em arbitrar a verba honorária no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, o que, não custa ressaltar, em tudo se compatibiliza com a orientação consolidada deste TJPE em sua Súmula de nº 62.;

12 - *Apelação cível que se dá parcial provimento para, de forma unânime, afastar a decadência reconhecida na sentença hostilizada e, ato contínuo, com base no art. 515, §3º, CPC, julgar parcialmente procedentes os Embargos à Execução Fiscal ajuizados pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda, exclusivamente com o fim de reduzir, nesta parte por maioria de votos (apenas nesse tópico vencido o voto do relator), a multa tributária aplicada ao percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do imposto, restando arbitrada a verba honorária de forma indiscrepante em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, §4º, CPC.*

ACÓRDÃO

04

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Cível nº 310144-6**, da Comarca de Recife, em que figuram, como Apelante, **Estado de Pernambuco** e, como apelado, **Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda**,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes, nesta sessão de julgamento, da Egrégia Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em dar parcial provimento à apelação cível para, de forma unânime, afastar a decadência reconhecida na sentença hostilizada e, ato contínuo, com base no art. 515, §3º, CPC, julgar parcialmente procedentes os Embargos à Execução Fiscal ajuizados pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda, exclusivamente com o fim de reduzir, nesta parte por maioria de votos (apenas nesse tópico vencido o voto do relator), a multa tributária aplicada ao percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do imposto, restando arbitrada a verba honorária de forma indiscrepante em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, §4º, CPC, tudo de conformidade com os votos anexos, os quais, devidamente revistos e rubricados, passam a integrar este julgado.

Recife, 24 de abril de 2014.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Relator





PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

691,

Terceira Câmara de Direito Público

Apelação Cível nº 310144-6 – Recife (2ª Vara de Executivos Fiscais Estaduais)

Apelante: Estado de Pernambuco

Procurador: Rafael Farias Loureiro Amorim

Apelado: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogado : Tiago Carneiro Lima PE010422

Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

RELATÓRIO

04

Cuida-se de **apelação cível** interposta pelo **Estado de Pernambuco** contra a sentença proferida pela **magistrada Ângela Cristina de Norões Lins Cavalcanti**, Juíza de Direito em exercício na **2ª Vara dos Executivos Fiscais Estaduais da Comarca de Recife**, nos autos dos **Embargos à Execução Fiscal nº 0017081-28.2011.8.17.0001** contra si ajuizada pela **Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda**, pela qual, diante do fundamento de que *"nos tributos lançados por homologação, em casos em que o Fisco deve lançar eventuais diferenças devidas, quando há compensação de tributos considerada indevida pela Fazenda, a mesma deve cumprir o prazo do art. 150, §4º, do CTN"* (fl. 554), acolheu-se a prejudicial de mérito para reconhecer a decadência do crédito tributário, com a conseqüente procedência destes Embargos e extinção do correspondente executivo fiscal, condenando-se o Estado de Pernambuco nos ônus de sucumbência, arbitrada a verba honorárias no percentual de 5% (cinco por cento).

Opostos Embargos Declaratórios pela empresa embargante, foram eles parcialmente acolhidos através da decisão de fls. 599/601, integrando-se a parte dispositiva da sentença para fixar a verba honorária no patamar de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, bem como para determinar a liberação da carta de fiança apresentada como garantia do executivo fiscal após o trânsito em julgado.

Em sua **apelação** (fls. 560/581), aduziu o Estado de Pernambuco, resumidamente, após se valer da remissão fática pela qual se constituiu o crédito tributário objeto de cobrança naquele seu executivo fiscal nº 0067196-24.2009.8.17.0001:

1) Quanto ao descabimento da questão prejudicial de mérito (decadência) acolhida na sentença:

1.1) O prazo decadencial para lançamento originário do crédito tributário iniciou-se com a ocorrência dos fatos geradores em out/98 e nov/98, na forma do art. 150, §4º, do CTN, restando interrompido com a lavratura do AI nº 005.00580/01-4, que veio a ser anulado pelo TATE (acórdão nº 235/2001, de 20.12.01) por vício formal, o que repercutiu na reinauguração do novo prazo decadencial de cinco anos para a Fazenda constituir o crédito tributário, na forma do art. 173, II, CTN, o que se fez com a lavratura do AI nº 005.02646/06-3, datado de 19.06.2006;

1.2) Conquanto apresentada impugnação ao TATE contra aquele novo lançamento, restou ele confirmado perante aquele Tribunal, nos termos do acórdão 5ª TJ nº 0017/2007, pelo qual se rechaçou a consumação da decadência, sendo certo, ainda, que a primeira decisão do TATE exarada no acórdão 5ª TJ nº 235/2001,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

publicada em 20.12.2001, somente se tornou definitiva após o decurso do prazo recursal de quinze dias, previsto no art. 14, II, "a", c/c art. 78, II da Lei de Processo-Administrativo Estadual nº 10.654/91, portanto, em 04.01.2002, e;

1.3) O art. 173, II, CTN, faz alusão à decisão que houver anulado definitivamente o lançamento em virtude de vício formal, não fazendo qualquer outra distinção entre a natureza dos vícios de que padece o ato, sendo irrelevante se o ato é nulo ou anulável.

2) Quanto à improcedência meritória dos Embargos à Execução

Fiscal:

2.1) O cumprimento equivocado/excessivo da ordem judicial concedida à Petromol – Petrolina Motores Ltda (concessionária da VW em Petrolina) nos autos da sua Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3, a implicar no recolhimento a menor ao Fisco, pela parte embargante/apelada, do ICMS-Substituto retido sobre a venda de veículos novos em out/98 e nov/98 às demais revendedoras localizadas no Estado de Pernambuco que não a Petromol e que, como tal, não possuíam qualquer relação com a ordem judicial em comento;

2.2) Ao assim proceder, a parte embargante/apelada extrapolou os limites da decisão judicial e ofendeu a legislação tributária estadual, incorrendo em ilícito fiscal pela afronta ao §1º do art. 23 do Decreto nº 19.528/96;

2.3) A responsabilidade do Substituto Tributário pelo imposto retido dos contribuintes-substituídos no regime de substituição tributária, conforme legislação de regência no Estado de Pernambuco;

2.4) Evidente o prejuízo causado ao Estado de Pernambuco, eis que a tutela antecipada deferida na Ação Ordinária nº 001.1998.045829-3 restou suspensa em 09.12.1998 pela Presidência do TJPE na sede do Pedido de Suspensão da Execução da Tutela Antecipada nº 47780-3, sendo que a causa de origem restou, ao final, julgada inteiramente improcedente em 18.11.2008;

2.5) A regularidade da multa aplicada, que, diante da gravidade da ilegalidade cometida, houve fixada em 200% (duzentos por cento) sobre o total do imposto devido, nos termos da legislação fiscal estadual, regularidade essa extensível a toda a atividade administrativa de apuração do tributo exigido, bem como seus acréscimos (multa, correção e juros);

2.6) Descabe a alegação de que a multa aplicada teria caráter abusivo, pois é legalmente prevista e não acarreta confisco, não sendo o valor percentual em si que acarreta o efeito confiscatório, mas sim a sua relação em cada caso concreto, onde é certo que a parte apelada não provou que a valor da multa poderia lhe causar efetivo abalo na sua capacidade financeira e/ou operacional;

2.7) A excessiva condenação em honorários advocatícios diante da necessária observância ao §4º do art. 20 do CPC, aqui considerado o vultoso valor de cobrança do executivo fiscal e a ausência de maior complexidade para o desate da causa.

Em suas contrarrazões de fls. 607/627, a parte embargante/apelada cuidou de rechaçar a pretensão recursal do Estado de Pernambuco, valendo-se, para tanto, dos argumentos abaixo sintetizados:



642

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

1) Preliminarmente:

1.1) A "possível intempestividade" do recurso de apelação.

2) No mérito

2.1) Ao decidir pela nulidade do Auto de Infração nº 005.00580/01-4 (e não apenas pela sua anulação), o julgador administrativo concluiu que tal lançamento equivale a um ato inexistente e que não produz efeitos, daí porque a regra decadencial aplicável (em sendo o ICMS imposto cujo lançamento se dá por homologação) é aquela do §4º art. 150 do CTN;

2.2) O tratamento igualitário pretendido pela apelante sobre ato nulo e anulável desconsidera a propriedade técnica utilizada pelo julgador administrativo em face dos vícios incorridos em tal lançamento, onde é certo que o legislador não usa palavras em vão;

2.3) Mesmo que se pudesse admitir, hipoteticamente, a contagem do prazo decadencial no caso em apreço pelo critério do art. 173, II, CTN, o crédito tributária estaria igualmente fulminado pela decadência, posto que ela (apelada) somente foi intimada do novo AI em 23.01.2007, por meio da publicação do Edital de Intimação nº 04/07 no D.O.E., ocasião em que o novo lançamento foi aperfeiçoado, porém, quando já transcorrido mais de cinco anos da data em que tornou definitiva a decisão administrativa de nulidade do lançamento anteriormente efetuado, seja ela considerada em 20.12.2001 ou 04.01.2002;

2.4) O pedido de julgamento de improcedência dos Embargos não tem condições de ser acolhido neste Tribunal, pois estar-se-ia julgando matéria não examinada no Juízo de origem, em clara ofensa ao princípio da ampla defesa, em que pese tenha requerido, por cautela, a devolução de todos os fundamentos invocados em seus Embargos perante este Juízo *ad quem*;

2.5) Como a Petromol obteve tutela antecipada autorizando-a ressarcir-se do ICMS-ST retido a maior, coube à apelada, nos termos dessa ordem judicial, restituir o indébito tributário à Petromol e, ato contínuo, compensar esses valores com os débitos relativos às retenções subseqüentes de ICMS-ST à Fazenda Pernambucana, sub-rogando-se nessa dívida, ;

2.6) O apelante se esquece que a antecipação de tutela foi complementada naqueles autos pelo despacho proferido em 06.11.98, pelo qual se deferiu, como requerido, o pedido da Petromol de extensão da tutela ao mês de outubro/1998, determinando-se, por consequência, que a ora apelada procedesse ao ressarcimento do ICMS pago a maior, "podendo o mesmo ser descontado do repasse fiscal ao Estado", o qual, evidentemente, não se relaciona apenas com o ICMS devido por substituição tributária nas operações com tal concessionária, mas sim com todas as operações realizadas com o Estado de Pernambuco;

2.7) Se, como alega o apelante, o erário público sofreu prejuízo com o ressarcimento em questão, deve cobrá-lo da Petromol, autora da Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3 e única beneficiária da permissão judicial ali conferida;



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

2.8) Tendo sido a apelada, por força de ordem judicial, compelida a proceder à imediata restituição à Petromol do ICMS-ST retido e recolhido a maior, não pode ela ter o direito ao respectivo creditamento desse imposto protraído no tempo, condicionado a futuras operações com aquela mesma concessionária, eis que tal implicaria em ônus tributário que não é dela, em violação ao princípio da capacidade contributiva insculpido no §1º art. 145 CF/88

2.9) É certo que o aproveitamento dos créditos feito pela apelada por meio de escrituração em seus livros, da nota fiscal da fatura de transferência de ICMS, emitida pela Petromol, se deu com lastro na legislação tributária e no princípio da não cumulatividade desse imposto, previsto no inc. I do §2º do art. 155 da CF/88;

2.10) A penalidade imposta, igual a 200% (duzentos por cento) do valor do imposto, foge ao princípio da razoabilidade, sendo claro que a vedação constitucional ao confisco se estende à multa aplicada por suposto descumprimento de obrigação tributária;

2.11) É desarrazoado o pedido de revisão da verba honorária, eis que fixado de acordo com os parâmetros legais e reflete a importância da causa em face da expressividade econômica da discussão.

Autos remetidos a este Juízo *ad quem*. Em sua cota de fls. 637/638, absteve-se, a Douta Procuradoria de Justiça, em lançar parecer meritórios nestes autos.

É o relatório. **À pauta de julgamento**, eis que faculta a dispensa do Revisor na apelação das ações afetas à Lei nº 6.830/80, vide o seu art. 35.

Recife, 13 de dezembro de 2013.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Relator





PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

663
~

Terceira Câmara de Direito Público

Apelação Cível nº 310144-6 – Recife (2ª Vara de Executivos Fiscais Estaduais)

Apelante: Estado de Pernambuco

Procurador: Rafael Farias Loureiro Amorim

Apelado: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogado : Tiago Carneiro Lima PE010422

Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Voto - Preliminar de intempestividade do apelo

04

Em sede preliminar, aduz a parte apelada, nas suas contrarrazões, a "possível intempestividade" do apelo manuseado pelo Estado de Pernambuco, sob o fundamento de que a petição datada de 05.02.2013 não teria o condão de validamente reiterar aquele recurso, eis que anterior ao julgamento dos seus (apelada) aclaratórios em 01.03.2013, daí porque, em não ocorrendo a ratificação hábil daquele interesse recursal, dito apelo é de ser declarado intempestivo.

Ocorre que, conquanto o Estado de Pernambuco, de fato, por força do despacho de fl. 593, tenha anteriormente atravessado a petição de fl. 596/597 subscrita em 05.02.2013 (e protocolada em 14.02.2013) reiterando o seu recurso de apelo de forma antecipada ao julgamento dos aclaratórios opostos pela parte *ex adversa*, vê-se, que, após procedido o julgamento daqueles embargos em 01.03.2013, com sua posterior publicação na imprensa oficial em 03.04.2013 (vide certidão de fl. 602), o Estado de Pernambuco tratou de atravessar nova petição à fl. 604, protocolada no dia seguinte àquela publicação (04.04.2013), **reiterando, novamente**, aquele seu recurso de apelação cível de fls. 560/581, razão pelo que, diante da regularidade naquela sua atuação, tem-se como imperioso rejeitar a prefacial suscitada pela parte ora apelada.

Ante o exposto, **REJEITO** a preliminar de intempestividade do apelo, suscitada nas contrarrazões da parte apelada.

É como voto.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Relator



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

664
~

Terceira Câmara de Direito Público

Apelação Cível nº 310144-6 – Recife (2ª Vara de Executivos Fiscais Estaduais)

Apelante: Estado de Pernambuco

Procurador: Rafael Farias Loureiro Amorim

Apelado: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogado : Tiago Carneiro Lima PE010422

Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Voto – Mérito

04

Cuida-se de apelação cível contra sentença que reconheceu e decretou a decadência do crédito tributário perseguido pelo Estado de Pernambuco em sede de executivo fiscal, sob o fundamento de que *"os fatos geradores das operações cobradas (relativos a um suposto recolhimento a menor do ICMS) ocorreram em outubro e novembro de 1998, o Auto de Infração nº 005.00580/01-4 foi anulado pelo TATE em 20/12/2001 (fls. 126/129) e a lavratura do novo Auto de Infração OS nº 005200675267, que deu origem à CDA ora cobrada ocorreu apenas em 19/12/2006, ou seja, em momento posterior ao operado pela decadência prescrita, nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional."* (grifei)

Eis redação do art. 150, §4º, do CTN:

"Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Aduz o apelante que a magistrada de piso laborou em equívoco, posto que, diante da anulação por vício formal daquele anterior Auto de Infração nº 005.00580/01-4 através do acórdão TATE 5ª TJ nº 235/2011, publicado em 20.12.2001, o dispositivo aplicável para efeitos de contagem do prazo decadencial para lançamento do crédito tributário em questão seria outro, qual seja, o art. 173, II, do CTN, que assim preceitua:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Como bem destacado pelo Ministro Luis Fux, então atuante no Colendo STJ, citando a doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi nos autos do AgRg no REsp 1044953/SP, *"a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)" (grifei).

Após ressaltar, com bastante propriedade, que as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com termos iniciais diversos entre si, destacou-se, naquele paradigmático julgado, que a incidência da regra contida na primeira parte do §4º do art. 150 do CTN para efeitos da decadência do direito de lançar do Fisco naqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação se dá "quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias", hipótese essa que bem se aperfeiçoa no item "iii" da transcrição supra.

In casu, conquanto o crédito tributário constante do Auto de Infração nº 005.00580/01-4 tenha sido constituído em razão do suposto pagamento antecipado a menor do ICMS-Substituto retido pela parte apelada sobre a venda de veículos novos em out/98 a nov/98, situação que, em tese, faria incidir a aplicação da regra encartada no §4º do art. 150 do CTN para efeitos do prazo decadencial tal qual consignado na sentença, **fato é que o aludido AI foi julgado nulo perante o TATE em 20.12.2001, circunstância que, no caso concreto, implica na restauração integral do prazo quinquenal para constituir aquele seu crédito tributário, nos moldes daquele art. 173, II, do CTN.**

De logo, cuido ressaltar que as partes ora litigantes não controvertem a respeito da natureza formal do vício constante do AI nº 005.00580/01-4 por ofensa ao art. 28, *caput*, da Lei nº 10.654/91 e que culminou na decretação da sua nulidade perante o TATE no acórdão 5ª TJ nº 235/2001, sendo certo, inclusive, que aquele próprio Tribunal Administrativo tratou de referendar expressamente tal condição ao apreciar (e rejeitar), nos autos do processo administrativo nº 00.118/07-9, através do acórdão TATE 5ª TJ nº 001/2007, a impugnação lançada pela parte embargante/apelada contra o AI nº 005.02646/06-3 que lhe sucedeu na constituição do correspondente crédito tributário.

Nesse ponto, válido transcrever os dois acórdãos TATE suso mencionados, colacionados às fls. 129 e 214 dos autos, respectivamente:

ACÓRDÃO TATE 5ª TJ 235/2001, RELATIVO AO AI Nº 005.00580/01-4:

"EMENTA: AI. ICMS. DENÚNCIA FORMULADA DE FORMA LACÔNICA E COM FALTA DE CLAREZA. NULIDADE DO ATO. A 5ª Turma Julgadora do TATE, no exame e julgamento do processo acima indicado, considerando que a denúncia consiste no fato do autuado haver retido e não recolhido imposto tendo em vista que



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

665

procedeu o ressarcimento a maior a determinada concessionária; considerando que a denúncia, tal qual formulada, é lacônica e genérica, pois não indica de que forma se procedeu o ressarcimento a maior; considerando que a existência de dúvidas a serem esclarecidas, conforme voto do relator; considerando que foi contrariado o disposto no art. 28 "caput" da lei 10.654/91, ACORDA, por unanimidade, em julgar nulo o auto de infração."

ACÓRDÃO TATE 5ª TJ Nº 001/2007, RELATIVO AO AI Nº 005.02646/06-3:

"EMENTA: 1. ICMS Auto de Infração. 2. Novo lançamento feito em face a anulação, por vício formal (preterição do direito de defesa) de lançamento anterior. 3. Transitado em julgado o Acórdão 5ª TJ nº 235/2001 que julgou formalmente nulo o lançamento anterior, no dia 20 de dezembro de 2001, nesta data se iniciou, nos termos do art. 173, inc. II do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial, que terminaria no dia 20 de dezembro de 2006. No entanto, o lançamento se deu no dia 19 de dezembro 2006, a poucos dias do seu término. Decadência não consumada. 4. Recolhimento a menor de imposto devido como substituto a Pernambuco, pelas operações subseqüentes com veículos automotores, nos períodos fiscais de outubro a novembro de 1998. 5. Abatimento do valor do imposto devido a este estado de quantia maior do que o valor constante na nota fiscal de ressarcimento nº 15.651, emitida pela PETROMOL - Petrolina Motores Ltda. contra o autuado, em 30/10/98, face ao despacho de antecipação de tutela exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca do Recife, PE, nos autos da ação ordinária compensatória nº 001.98.045829-3. 6 Despacho judicial que só autorizava o uso da quantia a ser ressarcida nas operações seguintes à emissão entre PETROMOL e o autuado. 7 Desobediência do autuado que a usou em operações realizadas com outros adquirentes estabelecidos em Pernambuco, que não a PETROMOL. Fala de amparo legal para sua conduta. A 5ª TJ, no exame do processo acima identificado, ACORDA, por unanimidade de votos, em confirmar o crédito tributário composto do ICMS no valor, corrigido monetariamente até a data de sua lavratura, de R\$ 276.845,38 (dos quais R\$ 135.978,18 relativos ao período de 10/98 e R\$ 140.867,20, ao de 11/98), acrescidos da multa de 200% do valor do imposto e dos juros de mora a serem calculados até a data de seu efetivo pagamento, lançado no auto de infração."

Ora, se por um lado o magistrado de piso aparentemente não se apercebeu da real nuance constante nesta causa e da sua consequente repercussão frente à regra decadencial a ser aplicada no contagem do prazo para constituição do crédito tributário em referência - em que pese dito *decisum* até tenha reconhecido, sem atentar para a relevância jurídica desse fato (!), que "o Auto de Infração nº 005.00580/01-4 **foi anulado** pelo TATE em 20/12/2001 (fls. 126/129)" (grifei) -, tem-se, de outra banda, que a controvérsia lançada pela parte embargante/apelada frente à natureza do vício de que padeceu aquele lançamento (ato nulo x anulável) **não tem razão de ser** para efeitos da incidência daquele dispositivo legal, eis que, consoante já se pronunciou o Colendo STJ nos autos do Resp 690382/PE:

"É irrelevante se o ato é anulável, nulo ou inexistente, uma vez que o Código Tributário Nacional (em seu art. 173, II) faz alusão, tão-somente, à decisão que houver anulado definitivamente o ato de lançamento em virtude de vício formal, não fazendo qualquer outra distinção entre a natureza dos vícios de que padece o ato" (grifei).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

A bem da verdade, conquanto a parte embargante/apelada busque dissociar, em sua tese jurídica de defesa, o ato de decretação de nulidade do ato de anulação do lançamento do crédito tributário a pretexto de que o primeiro equivaleria ao reconhecimento de um ato inexistente/ineficaz no mundo jurídico e, desta feita, capaz de manter a atração da regra decadencial encartada no art. 150, §4º, do CTN, ao caso concreto, vê-se, *a contrario sensu*, que tal questionamento remete às críticas doutrinárias (e irrelevantes para o caso *sub examine*) sobre a introdução de uma causa interruptiva ao prazo decadencial para constituição do crédito tributário na disciplina do art. 173, II, do CTN, e ainda em proveito de quem deu causa (Fisco) ao vício detectado no seu lançamento.

Nesse sentido, trago à colação a seguinte passagem constante da doutrina de Luciano da Silva Amaro, da qual bem se interpreta, por oportuno, que a discussão ora ventilada pela parte apelada sobre a natureza (ato nulo x anulável) do vício formal de que padeceu o antigo AI nº 005.00580/01-4 se mostra **despicienda** para efeitos de aplicação daquela excepcional regra de decadência contida no art. 173, II, do CTN:

O Art. 173, II [CTN], cuida de situação particular; trata-se de hipótese em que tenha sido efetuado um lançamento com vício de forma, e este venha a ser 'anulado' (ou melhor, declarado nulo, se tivermos presente que o vício de forma é causa de nulidade, e não de mera anulabilidade) por decisão (administrativa ou judicial) definitiva. Nesse caso, a autoridade administrativa tem novo prazo de cinco anos, contados da data em que torne definitiva a referida decisão, para efetuar novo lançamento de forma correta. O dispositivo comete um dislate. De um lado, ele, a um só tempo, introduz, para o arripio da doutrina, causa de interrupção e suspensão do prazo decadencial (suspensão porque o prazo não flui na pendência do processo em que se discute a nulidade do lançamento, e interrupção porque o prazo recomeça a correr do início e não da marca já atingida no momento em que ocorreu o lançamento nulo). De outro, o dispositivo é de uma irracionalidade gritante. Quando muito, o sujeito ativo poderia ter a devolução do prazo que faltava quando foi praticado o ato nulo. Ou seja, se faltava um ano para a consumação da decadência, e é realizado um lançamento nulo, admita-se que, enquanto se discute esse lançamento, o prazo fique suspenso, mas, resolvida a pendência formal, não faz qualquer sentido dar ao sujeito ativo um novo prazo de cinco anos, inteirinho, como 'prêmio' por ter praticado um ato nulo" (Amaro, Luciano da Silva, in "Direito Tributário Brasileiro", Saraiva, pág. 381) (grifei).

Sobre a aplicabilidade do art. 173, II, CTN, no que tange aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, traz-se à colação os seguintes julgados, representativos da jurisprudência dominante em nossos Tribunais:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA JUDICIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO. IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO POR VÍCIO FORMAL. TERMOS INICIAL E FINAL DE CONTAGEM DE PRAZO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA INOCORRENTES. 1. *Acerca do termo inicial do prazo decadencial, dispõe o art. 173, I e II, do Código Tributário Nacional* que O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. **Tal dispositivo tem plena aplicabilidade aos tributos**



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

666

sujeitos a lançamento por homologação, na hipótese em que o contribuinte, obrigado por lei a apurar o montante devido e proceder ao recolhimento, deixa de fazê-lo. 2. A constituição do crédito deu-se mediante lavratura de auto de infração com regular notificação do lançamento. Os valores exigidos foram impugnados administrativamente, e teve como resultado a anulação do lançamento por vício formal, com subsequente lavratura de novo auto de infração, sem que tenha transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 173, II do CTN, pelo que não decalou a Fazenda Pública do direito de proceder à constituição do crédito tributário. (...). 7. Apelação provida". (AC 4917 SP 0004917-33.2011.4.03.9999, 6ª Turma TRF-3, Rel. Des. Consuelo Yoshida, julgado em 07/03/2013)

TRIBUTÁRIO - ICMS - REVENDA DE VEÍCULO - MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA - SEGURANÇA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU - ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO POR VÍCIO FORMAL - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 173, II, CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO A PARTIR DA DECISÃO DEFINITIVA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO - PRECEDENTES - REFORMA DA SENTENÇA PARA DENEGAR A SEGURANÇA, PORQUE NÃO CARACTERIZADA A DECADÊNCIA - REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PERÍODO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 87/96 - POSSIBILIDADE - LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO - VIABILIDADE DA PRETENSÃO CREDITÍCIA DO FISCO EM FACE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL ANTERIOR AO DECRETO N. 5.708/02 - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA APENAS NESTES DOIS ASPECTOS, EM REEXAME NECESSÁRIO. PROVIMENTO DO RECURSO. (Apelação Cível e Reexame Necessário nº 3644839, 2ª Turma TJPR, Rel. Des. Luiz Cesar de Oliveira, julgado em 10/04/2007)

"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. LANÇAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO ANULADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIO FORMAL. PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL [ART. 173, II, CTN]." (Apelação Cível nº 5696312003, 5ª CC/TJBA, Rel. Des. José Cicero Landin Neto, julgado em 19/10/2010)

Quanto à arguição da apelada de que, mesmo na hipótese de aplicação do art. 173, II, CTN, o crédito tributário em discussão já estaria fulminado pela decadência, eis que somente restou notificada desse novo lançamento através do Edital de Intimação nº 04/07, via D.O.E., datado de 23.01.2007, portanto, além do transcurso do prazo de cinco anos da data em que se tornou definitiva a decisão administrativa de nulidade do lançamento anteriormente efetuado (seja em 20.12.01, data de publicação do acórdão TATE 5ª TJ nº 235/2001; seja em 04.01.02, data do trânsito em julgado daquele acórdão), melhor sorte não lhe assiste.

Pois, inobstante a referida parte venha aduzir que "enquanto o lançamento não é levado ao conhecimento do contribuinte, ele corresponde a apenas um ato interno da administração, insuficiente para obstar a fluência do prazo decadencial" (fl. 614), é certo que, nos termos do art. 142, do CTN, a constituição do crédito tributário se dá pelo lançamento, daí porque, segundo a doutrina de Ricardo Alexandre (*in* Direito Tributário Esquematizado, 5ª edição, editora Método, fls. 383), "não se deve confundir o lançamento com a notificação do lançamento, pois esta é apenas a comunicação oficial da realização daquele" (grifei).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Ora, conquanto a notificação se preste a sabidamente conferir efeitos ao lançamento realizado (inclusive quanto à presunção de sua definitividade), dela se iniciando o prazo para pagamento ou impugnação pelo contribuinte, é de se ter em mente que tais consequências jurídicas estão ligadas, apenas, à condição de eficácia (**e não de existência**) daquele lançamento, circunstância que, ao contrário do que quer fazer crer a parte embargante/apelada, reverbera tão somente sobre os postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa frente aos seus interesses como sujeito passivo, e não sobre o prazo decadencial para constituição do correspondente crédito tributário, cujo marco final não é outro senão, justamente, o próprio ato de lançamento em si e aqui configurado na lavratura do AI nº 005.02646/06-3.

No mesmo trilhar, é a lição de Leandro Paulsen ("Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência", Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 982), pela qual a notificação é condição para que o lançamento tenha eficácia, daí porque, uma vez notificado o sujeito passivo, aperfeiçoa-se entre ele e a Administração a relação com a possibilidade de impugnação de eventuais vícios existentes no ato, o que, como visto acima, repercute dizer que a notificação é uma decorrência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa - e não causa elementar à constituição do crédito tributário em si, já alcançada com a própria realização do lançamento.

Nesse contexto, o fato do lançamento se presumir definitivo pela notificação do sujeito passivo com base no art. 145, CTN, não se confunde com a constituição do crédito tributário, pois nada obsta que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo possa ser alterado, consoante se infere, inclusive, das hipóteses previstas naquela própria norma legal, sendo certo, de outra banda, que a definitividade do lançamento validamente realizado, quando concretizada, apenas serve como marco separatório, na linha do tempo, dos institutos da prescrição e da decadência no âmbito do direito tributário.

Com tais razões, e considerando que, de fato, diante das singularidades da causa, a regra decadencial para constituição do crédito tributário pelo Fisco é de ser regulada pelo art. 173, II, do CTN, tenho como imperiosa a reforma da sentença hostilizada, posto que entre a data em que se anulou administrativamente o AI nº 005.00580/01-4 por vício formal (seja considerando a data da publicação do acórdão TATE nº 235/2001 em 20.12.2001; seja a data do seu trânsito em julgado em 04.01.2002) e a data (19.12.2006) da lavratura do AI nº 005.02646/06-3 que lhe sucedeu na constituição do crédito tributário em referência **não se ultimou o prazo quinquenal**.

E digo reforma porque, versando a presente lide apenas sobre matéria de direito e sem que haja, dentre as partes litigantes, qualquer menção concreta à potencial ofensa ao princípio da ampla defesa nesse proceder, nada obsta que este órgão fracionário venha adentrar desde logo no julgamento meritório da querela, com base no permissivo legal constante do art. 515, §3º, do CPC - hipótese essa, aliás, cautelarmente admitida pela apelada em suas contrarrazões, sem que ali tenha sido feita qualquer indicação concreta da *"clara afronta ao princípio da ampla defesa"* nesse proceder.

Com efeito, bem se vê dos autos que a controvérsia meritória respeitante ao alegado recolhimento a menor pela parte embargante/apelada do ICMS-Substituto retido sobre a venda de veículos novos em outubro/1998 e novembro/1998 às demais revendedoras localizadas neste Estado que não a concessionária Petromol Ltda



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

66+

remete aos autos da Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3 proposta pela aludida empresa concessionária e outra (revendedora de indústria automotiva diversa da apelada) perante a 6ª VFP da Capital contra o Estado de Pernambuco, mais especificamente em relação à tutela antecipada que ali houve concedida e ao seu apontado desvirtuamento durante o período de vigência (outubro/1998 a novembro/1998) por parte da embargante/apelada quando se dedicou a implementá-la na condição de Substituta Tributária.

Nesse sentido, alega o Estado de Pernambuco que, conquanto dita tutela antecipada tenha sido deferida apenas para autorizar o ressarcimento ao montante do ICMS recolhido a maior através das operações futuras a serem realizadas entre ela (apelada) e a sua concessionária Petromol Ltda, o que se deu foi um abatimento excessivo do ICMS a ser recolhido, posto que o ressarcimento se fez com base no montante a ser recolhido desse tributo no período para este Estado, restando configurados, a um só tempo, o extrapolamento dos limites da decisão judicial e a ofensa à legislação tributária estadual, incorrendo, a parte ora apelada, na qualidade de responsável pelo imposto retido dos contribuintes-substituídos, em ilícito fiscal pela afronta ao inciso I do §1º do art. 23 do Decreto nº 19.528/96, *in verbis*:

Art. 23 - O fornecedor responsável pela compensação do ressarcimento, à vista da Nota Fiscal, emitida pelo contribuinte-substituído, deverá deduzir o valor nela indicado do imposto devido a este Estado correspondente a retenção subsequente, quando da saída para o mesmo beneficiário do ressarcimento, elaborando, no período de 31 de dezembro de 1996 a 30 de junho de 2008, no corpo do documento fiscal de sua emissão, demonstrativo com os seguintes elementos:

(...)

§1º. O contribuinte-substituto, que tenha efetuado a retenção do imposto que venha a ser objeto do ressarcimento, somente utilizará o valor deste na compensação com o valor da retenção subsequente, nos termos deste artigo, quando (Convênio ICMS 81/93): (Dec. 20.188/97)

I - a referida retenção seja em favor do mesmo Estado e destinada ao mesmo contribuinte;

Da sua parte, a empresa embargante/apelada aduz que, como a Petromol Ltda obteve tutela antecipada nos autos da sobredita Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3 autorizando o ressarcimento do ICMS-ST por si retido a maior, coube a ela, apelada, nos termos dessa ordem judicial, restituir o indébito tributário àquela concessionária de veículos, e, ato contínuo, compensar esses valores com os débitos relativos a retenções subseqüentes de ICMS-ST à Fazenda Pernambucana, tendo, desta feita, se sub-rogado sobre essa dívida em cumprimento à ordem judicial, restando-lhe o direito de liquidá-la "de forma igualmente célere", qual seja, "compensando seus créditos com o valor total do ICMS-ST repassado ao Estado e não limitadamente, apenas com os débitos de ICMS-ST relativos às operações relacionadas com a Petromol". (fl. 618)

Ora, consoante bem se infere da cópia da decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada em favor da Petromol Ltda nos autos daquela sua Ação Ordinária nº 001.1998.043829-3, decerto que aquele provimento judicial para ressarcimento do ICMS cobrado antecipadamente a maior teve a sua extensão limitada às operações futuras a serem por ela (Petromol) realizadas com a parte embargante/apelada, e não em prol de terceiros e em razão de operações outras das quais a referida parte sequer teria participação.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Nesse sentido, válida a transcrição da parte final e dispositiva daquele *decisum*:

"Em face do exposto, e por encontrar presentes neste caso os requisitos do art. 273, I, do Código de Processo Civil, concedo a antecipação da tutela pretendida pela autora, a fim de que lhe seja garantido o direito de emitir nota fiscal de ressarcimento contra as indústrias de automóveis General Motors do Brasil Ltda e Volkswagen do Brasil Ltda, referidas às fls. 16 para que esta deduza por ocasião das próximas operações com as autoras (Grande Rio Veículos e Petromol), o excesso do ICMS cobrado antecipadamente, considerando o saldo credor da autora escriturado nos livros fiscais, ..." (fls. 100/101) (grifei)

Partindo dessa inafastável premissa, e embora passando ao largo do acerto ou desacerto daquele *decisum*, tem-se que a arguição da apelada de que a tutela antecipada foi complementada *a posteriori* com o despacho datado de 06.11.1998 para estendê-la ao mês de outubro/1998 em favor da Petromol e autorizando que o ressarcimento do ICMS possa ser "descontado do repasse fiscal do Estado" não se traduz na medida expansiva e aleatória adotada pela ora apelada, **mas sim deve ser interpretada restritamente dentro do seu real contexto e, como tal, utilizando como parâmetro a relação jurídica (leia-se: operações comerciais futuras) estabelecida entre si (Petromol e Volkswagen)**, daí porque a sua pitoresca interpretação não se justifica, dela repercutindo, tão só, o recolhimento a menor do tributo devido com a sua consequente e legítima cobrança judicial pela Fazenda Pública.

Nesse contexto, decerto que a responsabilidade para pagamento do tributo que restou recolhido a menor e aqui cobrado judicialmente deve recair sobre os ombros da empresa embargante/apelada, eis que a indevida retenção daquele tributo se deu por ato espontâneo seu na qualidade de Substituta Tributária, ainda que pautada em uma má interpretação de um comando judicial.

Tal responsabilidade, frise-se, em tudo se difere da apontada violação ao princípio da capacidade contributiva, quanto mais quando não se vislumbra qualquer atuação abusiva por parte do Estado, mas, apenas, a cobrança de um imposto devido pela substituta ora apelada em razão de operações outras que não relacionadas com a empresa Petromol Ltda e não recolhido aos cofres públicos por ato de sua voluntariedade.

Da mesma sorte, quanto à assertiva da sugerida ofensa ao princípio da não cumulatividade no caso em apreço, eis que seu agir no aproveitamento dos créditos do ICMS estaria respaldado pela regra do art. 155, §2º, I, CF/88, tem-se ela como infundada, na medida em que estamos diante de situação jurídica diversa, relacionada com o instituto da substituição tributária e suas repercussões diante do recolhimento a maior do ICMS antecipadamente recolhido do contribuinte substituído com ressarcimento pelo substituto em prejuízo ao Fisco, o que não se confunde com a aplicação do supramencionado princípio na pura e simples incidência naquele tributo, e tanto é assim que a própria parte apelada aduziu, confessadamente, que:

"Na medida em que foi obrigada a responder prontamente por uma dívida alheia (restituição do indébito tributário à PETROMOL), restou (...) o direito de liquidar a dívida sub-rogada de forma igualmente célere, compensando seus créditos (em razão daquela dívida sub-rogada) com o valor total do ICMS-ST repassado ao Estado e não limitadamente, apenas com os débitos de ICMS-ST relativos as (sic) operações praticadas com a PETROMOL" (fl. 618).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

668

Ao agir em desobediência ao citado comando judicial e em ofensa à legislação tributária estadual (Decreto nº 19.528/96, art. 23, §1º, I), incorrendo em ilícito fiscal, tem-se como correta a cobrança do crédito tributário devido aos cofres públicos, inclusive no que tange ao acréscimo sancionatório da multa que lhe foi imposta em razão desse proceder, consoante bem se infere, inclusive, do acórdão TATE 5ª TJ nº 001/2007, aqui já tão amplamente citado, na parte que ora se afigura relevante:

"4. Recolhimento a menor de imposto devido como substituto a Pernambuco, pelas operações subseqüentes com veículos automotores, nos períodos fiscais de outubro a novembro de 1998. 5. Abatimento do valor do imposto devido a este estado de quantia maior do que o valor constante na nota fiscal de ressarcimento nº 15.651, emitida pela PETROMOL - Petrolina Motores Ltda. contra o autuado, em 30/10/98, face ao despacho de antecipação de tutela exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca do Recife, PE, nos autos da ação ordinária compensatória nº 001.98.045829-3. 6 Despacho judicial que só autorizava o uso da quantia a ser ressarcida nas operações seguintes à emissão entre PETROMOL e o autuado. 7 Desobediência do autuado que a usou em operações realizadas com outros adquirentes estabelecidos em Pernambuco, que não a PETROMOL. Fala de amparo legal para sua conduta. A 5ª TJ, no exame do processo acima identificado, ACORDA, por unanimidade de votos, em confirmar o crédito tributário composto do ICMS no valor, corrigido monetariamente até a data de sua lavratura, de R\$ 276.845,38 (dos quais R\$ 135.978,18 relativos ao período de 10/98 e R\$ 140.867,20, ao de 11/98), acrescidos da multa de 200% do valor do imposto e dos juros de mora a serem calculados até a data de seu efetivo pagamento, lançado no auto de infração."

No que pertine, especificamente, sobre a controvérsia atinente ao suposto caráter confiscatório da multa aplicada (200% sobre o valor do imposto), penso que não merece qualquer censura, a pretexto da sugerida violação ao princípio da vedação ao confisco.

In casu, a erronia e a espontaneidade nesse proceder com relação ao recolhimento a menor do tributo devido ao Fisco em razão de operações realizadas pela parte embargante/apelada na qualidade de Substituta Tributária são manifestas, eis que, como visto, não encontram respaldo no comando judicial exarado nos autos da Ação Ordinária nº 001.1998.045829-3, que, não é demais repisar, houve proposta por pessoa diversa da sua.

Frise-se, inclusive, que tal atuação por parte da empresa embargante/apelada repercutiu não apenas na impontualidade no pagamento do tributo, mas sim em uma atuação ofensiva à própria legislação tributária estadual, a redundar na ocorrência de um ilícito fiscal, que, como tal, merece reprimenda pecuniária de caráter exemplar.

De outra banda, considerando que a potencial abusividade da multa imposta ao contribuinte não decorre da sua expressão percentual em si, é de se admitir, no caso concreto, diante da gravidade do fato, da legalidade da aplicação da multa naquele percentual de 200% (duzentos por cento) sobre o valor do imposto (cujo montante inicialmente devido se aproximava dos R\$ 250.000,00 ao tempo da lavratura do AI nº 005.02646/06-3, vide fl. 296), bem como, ainda, diante da bastante presumida capacidade econômica da parte embargante/apelada como indústria automobilística das mais consagradas no âmbito nacional e mundial para arcar com tal medida sancionatória, inexistindo prova concreta nos autos de que dela resultaria um comprometimento substancial e irrazoável em sua atividade empresarial/industrial, entendo que a fixação da



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

multa tal qual aplicada ao caso *sub examine* não representa qualquer ofensa ao princípio da vedação ao confisco.

Nesse sentido, já me pronunciei em casos anteriores ao presente, a exemplo do EI nº 93683-8/03 e do AI nº 232303-7, este último da Relatoria do Des. Francisco Bandeira de Mello, cuja propriedade no enfrentamento da matéria que aqui ora igualmente se discute bem merece citação neste meu voto, guardadas as circunstâncias peculiares deste caso concreto:

TRIBUTÁRIO. RECURSO DE AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. MULTA TRIBUTÁRIA DE CARÁTER PENAL. INEXISTÊNCIA DE EFEITO CONFISCATÓRIO. RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. 1. 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, especialmente em se tratando de multas tributárias de caráter penal (senso estrito), em comparação com as multas meramente moratórias. 2. Em sede de ICMS, é essencial a distinção entre as multas penais e as moratórias, visto tratar-se de tributo que, de regra, é lançado pelo próprio contribuinte. 3. Nessa espécie tributária, toda a estrutura das penalidades (senso estrito) tem a sua lógica direcionada a compelir o contribuinte a ser exato e fidedigno na documentação e escrituração de suas operações comerciais, pois 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. 4. Daí porque as multas penais são tão mais gravosas quanto mais as infrações cometidas sejam tendentes a omitir a prática de operações tributáveis. 5. Observe-se 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). 6. 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. 7. Em perspectiva histórica, impende consignar que a onerosidade das penas pecuniárias jamais foi, só por si, suficiente para gerar uma cultura de respeito às leis tributárias, razão pela qual algumas práticas, mais graves, passaram a constituir ilícitos penais (crimes). 8. Ou seja, é necessário que a reprimenda pecuniária, derivada de cometimento de infração tributária, 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). 9. No caso dos autos, está-se a discutir acerca de multa por infração à lei tributária e não de multa moratória. 10. Por outro lado, impende notar que os precedentes do STF via de regra colecionados em discussões do gênero dizem respeito à redução, pela via jurisdicional, à luz do princípio da proporcionalidade, de multas tributárias de natureza moratória. 11. 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. 12. Exatamente por isso é que as multas moratórias são naturalmente fixadas em percentuais muito menores do que as multas de caráter penal (senso estrito). Nesse sentido o RE 492842/RN. 13. Em suma, o entendimento jurisprudencial invocado pelo contribuinte 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. 14. Assim, muito embora juridicamente possível a



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Gabinete Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

669

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 que tenham por objeto apenas 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, ou ainda a reduzir artificialmente o montante do imposto devido. 15. Observa-se, assim, que a aplicação da multa em tela, não implica em ofensa ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido REsp 1251664/PR. 16. Recurso de Agravo provido, por maioria. (RA nº 2957242-4, 2ª CDP/TJPE, Rel para Acórdão, Des. Francisco Bandeira de Mello, julgado em 28/02/2013)

Por derradeiro, e uma vez já firmado neste meu voto, com fundamentos mais do que suficientes, o posicionamento não apenas de afastar a decadência para constituição do crédito tributário erroneamente identificada pelo Juízo de Piso, mas também, com base na aplicação do art. 515, §3º, CPC, para julgar improcedentes estes Embargos à Execução, resta-me, tão só, apreciar a temática respeitante às verbas de sucumbência.

Nesse sentido, depreende-se que, diante do vultoso valor - tal qual dedilhado pela própria parte apelante em suas razões recursais - cobrado nos autos do executivo fiscal na ordem aproximada de R\$ 1.500.000,00 em março/2011, bem assim, de outra banda, que a resolução da presente causa efetivamente não alcançou maior complexidade, eis que, como visto, uma vez afastado o instituto da decadência, sua resolução meritória restou facilitada diante da constatação de que a parte apeada procedeu com o recolhimento a menor do tributo diante de uma má interpretação adotada sobre comando judicial lançado em ação diversa, tenho de bom alvitre, nos moldes do art. 20, §4º, CPC, e levando em consideração, destacadamente, a natureza e importância da causa, bem assim o grau de zelo profissional dos procuradores da parte vencedora, em arbitrar a verba honorária no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, o que, não custa ressaltar, em tudo se compatibiliza com a orientação consolidada deste TJPE em sua Súmula de nº 62.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação cível manuseado pelo Estado de Pernambuco, a fim de afastar a decadência reconhecida na sentença hostilizada e, ato contínuo, com base no art. 515, §3º, CPC, julgar improcedentes os Embargos à Execução Fiscal ajuizados pela Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda, arbitrada a verba honorária em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, §4º, CPC.

É como voto.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Relator



671
↙

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – 06/02/2014

APELAÇÃO Nº 310.144-6 – RECIFE

APELANTE: ESTADO DE PERNAMBUCO

APELADO: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE
VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.

RELATOR: DES. LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

O RELATÓRIO ENCONTRA-SE ÀS FLS. 641/642 DOS AUTOS

DR. RAFAEL AMORIM (PROCURADOR DO ESTADO)

Bom dia Senhor Presidente, Desembargador Luiz Carlos, Desembargador Antenor, a quem parabenizo pela presidência da AMEPE, Desembargador Itamar Pereira Júnior, douto representante do Ministério Público.

Neste particular caso, gostaria da atenção dos Senhores, dividindo esta apresentação em dois tópicos principais. Inicialmente, como bem relatado pelo Desembargador Presidente, a sentença proferida em Primeira Instância não ingressou no mérito da causa, tratou de julgar procedente os embargos à execução opostos pela Volkswagen, sob fundamento de decadência do lançamento. Pois bem, o Estado entende que essa sentença proferida na Segunda Vara de Executivo Fiscal, acabou por confundir o instituto da decadência e as normas aplicáveis no caso presente. Por quê, Senhores? Os fatos geradores discutidos nessa demanda datam de outubro e novembro de 98, quando a Volkswagen, supostamente embasada numa ordem judicial obtida por uma de suas concessionárias localizadas no Estado de Pernambuco, empreendeu ressarcimento do imposto diretamente à empresa, outubro e novembro de 98. Contra esta atitude da empresa, da Volkswagen, a Secretaria da Fazenda lavrou um auto de infração em maio de 2001, portanto menos de 03 (três) anos após o ocorrido. Este auto de infração foi apreciado no TATE e neste momento não corria qualquer prazo de decadência ou prescrição, e veio a ser anulado posteriormente por vício formal, o que fez atrair a regra do art. 173, inciso II do CTN, que diz expressamente que o direito da Fazenda Pública construir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, inciso II, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal o lançamento anteriormente efetuado. Pois bem, essa decisão do TATE tornou-se definitiva em janeiro de 2002, tendo sido o novo auto de infração lavrado contra a Volkswagen em 19/12/2006, portanto no entendimento do Estado dentro do prazo decadencial previsto no Código Tributário Nacional.

O entendimento de que a existência de vício formal reinicia o prazo decadencial de lançamento é por demais conhecido, e goza de jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, baseado na letra da lei do art. 173, inciso II. Bom, tendo por superado essa questão decadencial, que é o

1º julgamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

principal pedido desta apelação, o Estado ingressou na discussão de mérito, entendendo que a questão era unicamente de direito, não dependia de prova, permitiria que a causa estivesse madura para julgamento direto em Segunda Instância, conforme artigo 515 do CPC. Senhores, quanto ao mérito, toda discussão se funda na extensão do cumprimento de uma decisão judicial pela Volkswagen. Percebam, a Petrolina Motores, uma concessionária da Volkswagen, ingressou com ação judicial solicitando antecipação de tutela para ter ressarcido ICMS, teoricamente recolhido a maior, em decorrência de substituição tributária. Aquela antiga discussão que dizia que quando o fato gerador ocorresse em valor menor do que o utilizado como base de cálculo para substituição tributária, a empresa buscava ressarcir-se do valor retido a maior pela fornecedora. Uma discussão, inclusive superada posteriormente, os Senhores sabem que apenas ocorre a restituição do imposto, em caso de substituição tributária, quando a operação não se realiza, o fato da operação se realizar a menor ou a maior não gera direito a restituição de qualquer imposto, mas à época, ainda em 1998 essa discussão era latente, e a PETROMOL conseguiu uma tutela antecipada, no sentido de que pudesse ter o ICMS supostamente recolhido a maior ressarcido diretamente pela Volkswagen, ou seja, ela não pediria administrativamente a Fazenda um ressarcimento, e sim nas futuras operações que ela travasse com a Volkswagen, ela teria ICMS ressarcido, teria um desconto a menor, inclusive este é o pedido da PETROMOL na sua ação, ela pede o direito de emitir nota fiscal de ressarcimento contra indústrias de automóveis, para que estas autoras nas próximas operações para que estas autoras nas próximas alterações deduzam o excesso de ICMS cobrado antecipadamente, até o limite do crédito das autoras. Esse foi o pedido feito pela Petrolina Motores, e o despacho concessivo dessa antecipação da tutela expressa da seguinte forma: concedo antecipação de tutela preterida para a autora, a fim de que lhe seja garantido o direito de emitir nota fiscal de ressarcimento, para que a Volkswagen deduza por ocasião das próximas operações com autora o excesso de ICMS cobrado antecipadamente, sem prejuízo de fiscalização e homologação do autolancamento.

Bom, qual o grande problema gerado no cumprimento dessa decisão judicial obtido pela concessionária Petrolina Motores que sequer é parte nesses autos? Ao receber essa decisão judicial a Volkswagen não se limitou a ressarcir o ICMS das operações entre a Volkswagen e a Petrolina Motores, mas sim de todas as operações que a Volkswagen realizou naqueles meses: outubro e novembro de 98 no Estado de Pernambuco, ou seja, o ICMS que ele a teria a reter das operações com diversas concessionárias no Estado de Pernambuco, ela canalizou para o ressarcimento da PETROMOL, em nossa concepção uma atitude excessiva em relação à ordem judicial que deferia tal direito. A título de exemplo, se usarmos os valores para a época, caso a Volkswagen se limitasse a devolver ou ressarcir o ICMS incidente sobre operações apenas para PETROMOL, ela teria deduzido quatorze mil em outubro de 98, R\$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais) em novembro de 98, somando cerca de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) de ICMS.



672

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

Da forma que a Volkswagen cumpriu a decisão judicial, ela ressarcia R\$ 268.000,00 (duzentos e sessenta e oito mil reais) a empresa, ou seja, R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) a mais. Os Senhores poderiam dizer: mas isso não é problema, porque a empresa paulatinamente poderia obter esse ressarcimento no caso de prejuízo ao fisco. Isso também não é verdade porque no mês seguinte o Estado conseguiu suspender essa tutela. Então a empresa não teria mais ressarcimentos, como bem relatou o Desembargador Presidente, a tutela foi suspensa no mês seguinte, a ação foi julgada improcedente, e esses valores jamais teriam sido ressarcidos caso a ordem não tivesse sido cumprida de forma excessiva.

Bom, o pedido está bem claro, esta parte, e um último ponto levantado pela Volkswagen em seus embargos à execução, repeti nas contrarrazões do apelo, tratam da sua responsabilidade por esse débito tributário. Diz ela que deveria o Estado de Pernambuco cobrar da PETROMOL esses valores, porém essa alegação não condiz com as regras de responsabilidade que regulam as operações submetidas à substituição tributária. Como bem sabe a substituição tributária acarreta a responsabilidade do substituto pelo imposto retido aos contribuintes substituídos, e é bem o caso onde a Volkswagen é responsável pelo recolhimento do tributo, inclusive porque o tributo, o ICMS, a substituição pertence ao Estado e não a Volkswagen, e dele não podia tratar ao seu bel prazer, deveria ter se limitado aos termos da decisão judicial a fim de evitar a sua responsabilidade pelo cumprimento excessivo da decisão.

Então Senhores, um último ponto que o Estado questiona é a condenação em honorários advocatícios, porque entende também excessivo ao ser calculado percentualmente sobre o valor do débito, e em se tratando em condenação contra a Fazenda Pública, utilizasse honorários habitualmente de forma arbitrada e não percentual.

Desse modo o Estado de Pernambuco vem solicitar aos Senhores julgamento de procedência da apelação, inicialmente para superar a questão prejudicial decadencial, tendo em vista o reinício do prazo para lançamento do crédito tributário, que não foi observado na sentença de Primeira Instância, e caso entenda pelo ingresso do mérito, o provimento de apelação para julgamento de total improcedência dos embargos de execução opostos em Primeira Instância no último dia Senhores.

DRA. ANY HELOISA GENARI PERAÇA (ADVOGADA DA APELADA - OAB/SP: 109341)

Excelentíssimo Desembargador Presidente, Excelentíssimos Desembargadores, Ilustre Procuradora da Justiça, ao Procurador do Estado que me antecedeu na tribuna, a todos os presentes, serventuários, o meu bom dia.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

A questão, a parte do relato já foi por demais exposta, então gostaria de ingressar diretamente na questão da decadência qual é a legislação aplicável. Retomando um pouquinho, nós estamos falando de recolhimento a menor, cujo lançamento inicial se deu em maio de 2001, e se reporta a fatos ocorridos entre outubro e novembro de 98. Em dezembro de 2001 o Tribunal Administrativo desse Estado julgou nulo esse ato por ser uma denúncia formulada de forma lacônica e com falta de clareza. Nulidade do ato: acorda por unanimidade em julgar nulo o auto de infração. A intimação desse acórdão foi publicado no dia 20/12/2001, e desse acórdão a Fazenda do Estado não recorreu.

Quando se decide pela nulidade do auto, quer dizer que ele sequer ingressou no meio jurídico, é um ato inexistente, não produziu efeitos. Diante disso, a regra decadencial aplicável é aquela do 150, parágrafo 4º, que determina que o prazo começa a contar da data do fato gerador ocorrido, como disse e vou repetir, entre outubro e novembro de 98. E como inclusive foi mencionado no relato, a Volkswagen sustenta que quando a Fazenda trata como equivalentes nulo e anulável, ela desprestigia a precisão técnica do julgador, que declarou nulo, e também deixa de analisar a tecnicidade do próprio art. 173, inciso II, que é o que ela pretende que seja aplicado, que esse dispositivo fala da contagem de decisão anulada, o que não é o caso que é nulo. Então pede-se que seja mantida a sentença que conheceu da decadência pelo 150, parágrafo 4º. Porém, mesmo que superado esse ponto, e que se entenda como menciona, como sustenta a Fazenda do Estado que a regra é aquela do 173, inciso II, nem assim se pode afastar a decadência. Por quê? A Fazenda não trouxe à luz aqui na sustentação oral, que embora tivesse havido um novo lançamento supostamente dentro do prazo, que foi em dezembro de 2006, a intimação desse lançamento se deu pela imprensa oficial, apenas em 23/01/2007. Ora, a simples lavratura do auto de infração, diferentemente do que a Fazenda do Estado quer fazer parecer, não constitui o crédito, não aperfeiçoa o lançamento, é necessário que o contribuinte tenha conhecimento desse lançamento para que ele produza efeitos, e esse conhecimento só foi dado, e quanto a isso não se controverte, só foi dado em 23/01/2007. Aquele acórdão nulo ou anulado, ele transitou em julgado, como reconhece também a Fazenda, em 04/01/2001, 23/01/2007 mais de 05 (cinco) anos da regra do 173, inciso II, que é 05 (cinco) anos contados da data que se tornar definitiva a decisão. A decisão foi dada em dezembro de 2001, 04/01/2002, para 23/01/2007, a decadência se consumou, fulminou os créditos tributários.

Então ainda que se afaste o 150, parágrafo 4º, a decisão de decadência com outro fundamento deve ser preservada. Mas por hipótese, em se afastando essa prejudicialidade, então avançando já no mérito da discussão, como também foi mencionado aqui, ele não foi enfrentado pela sentença, de modo que pede para que não haja supressão de instância, a Volkswagen pede que se retorne a Vara Jurídica para que seja dado seguimento, mas não sendo acolhido esse pedido, sendo apreciado diretamente pelo Tribunal, os embargos devem ser julgados procedentes por quê? Houve sim uma primeira decisão que concedeu a antecipação de tutela sobre a qual muito a Fazenda menciona,



673

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

mas houve uma decisão complementar a essa, acolhendo um pedido da PETROMOL, que o imposto ressarcido a ela poder ser descontado do repasse fiscal ao Estado, e esse pedido da PETROMOL foi acolhido, ou seja, com essa complementação da decisão, a Volkswagen se viu autorizada a fazer o ressarcimento total do crédito que ela ficou perante o Estado e não como sustenta a Fazenda ali no confronto com os créditos repassados pela PETROMOL.

Essa ação de ressarcimento de ICMS supostamente recolhido a maior, ela foi ajuizada pela PETROMOL numa ação originária da PETROMOL da qual a Volkswagen não fez parte, ela não integra, não tem interesse, enfim. Porém ela foi intimada dessa ação, veja-se: "Ela e a Fazenda ainda que cumpram o que nela se contem e determine sobre as culminações legais cabíveis em casos de desobediência". Pois bem, cabia a ela, por ser a substituta tributária, então o instrumento de fazer esse ressarcimento. Então se ela não recebesse todo o crédito, ela estaria inclusive incorrendo em desobediência, em crime de desobediência, ela recebeu a nota de ressarcimento, do valor em que a PETROMOL dispunha, e entre outubro e novembro se debitou do Estado. Ora, esse crédito que ela repassou para PETROMOL não era dela, ela acabou respondendo pelo mecanismo da substituição tributária por uma dívida alheia, que é a do Estado. Na medida em que por ter sido um instrumento para satisfação dessa antecipação de tutela ela devolveu esse valor, que não era mais dívida dela, e ela agiu por força de uma decisão judicial, ela tinha o direito de se ver da mesma forma célere pelo direito de recuperar esse valor, e não como pretende a Fazenda protraído no tempo, ela se sub-rogou dessa dívida em estrito cumprimento de uma ordem judicial, e tinha o direito de liquidar essa dívida de forma igualmente rápida, foi cassada essa antecipação de tutela? Foi, depois, no momento em que ela fez o ressarcimento para PETROMOL, e no momento em que ela fez essa compensação com o débito do Estado, tinha a proteção judicial. Não há que se exigir da Volkswagen uma postura diferente, a postura dela é irrepreensível, está de acordo com a decisão, em especial com a complementação de antecipação de tutela, inclusive essa limitação ao creditamento pretendido pela Fazenda do Estado viola o princípio da capacidade contributiva, uma vez que ela está respondendo por uma dívida que é do Estado e não dela, e aí ela tem que ficar represando esse valor e viola também o princípio da não-cumulatividade.

Então por todas essas razões, o lançamento da Fazenda não pode ser mantido, e tem também o caráter subsidiário que é a multa de 200% (duzentos por cento). Para não onerar muito esse Tribunal, vou me limitar a mencionar que recentemente, acho que foi em maio do ano passado, o Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Lewandowski, proferiu um acórdão reconhecendo que são inconstitucionais as multas fixadas, índices de 100% (cem por cento) ou mais o valor do tributo, no caso estamos falando de 200% (duzentos por cento) do valor do tributo. Esse recente acórdão está mencionado no memorial que lhes foi entregue hoje.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

Então o argumento da Volkswagen de que essa multa foge ao princípio da razoabilidade e que é confiscatória, tem inclusive lastro no mais recente entendimento da Corte Suprema como mencionei, e por fim a questão de honorários, a Fazenda pleiteia a redução dos honorários que foram fixados em 5% (cinco por cento) do valor da causa. Houve uma avaliação correta com parcimônia do juiz, atentando para complexidade da causa, que como resumido aqui, mas se pode ver se desdobra em múltiplos argumentos e fundamentos, lembrando que a Volkswagen tem estabelecimentos em São Paulo, foi obrigada a contratar advogado lá, que inclusive veio fazer a sustentação oral e correspondente aqui, mas a par de todos esses aspectos tem um outro que a Volkswagen gostaria de chamar atenção. É orientação já firmada do Superior Tribunal de Justiça que em casos envolvendo um valor expressivo, como é essa, o simples valor já demonstra o peso da responsabilidade assumida pelo patrono da causa, e já autoriza a manutenção de honorários que não sejam irrisórios.

Eu vou tomar liberdade de reproduzir um pequeno trecho de um acórdão da Ministra Nancy Andrighi, fala: Especial relevo deve ser dado a importância da causa, notadamente porquanto ainda que desempenhe um trabalho objetivamente simples ao apresentar uma mera exceção de pré-executividade, não se pode desprezar a expressiva responsabilidade assumida pelo advogado ao aceitar defender seu cliente em uma ação de execução de grande vulto. Com isso foi mantida a verba honorária que no caso de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), em 2011, valendo notar que aqui era uma discussão que foi deduzida em exceção de pré-executividade, no caso sabido nós estamos tratando de embargos à execução.

Então por todas essas razões, a Volkswagen pede respeitosamente que seja desprovido o apelo fazendário.

Obrigada.

O VOTO DO RELATOR ENCONTRA-SE ÀS FLS.663/669 DOS AUTOS.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Em discussão. De acordo?



674
Z

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

De acordo.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

De acordo.

DECISÃO:

"À UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITADA A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO".

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Eu passo aqui ao mérito, o registro de que nada tenho contra, ao contrário, eu louvo o instituto da substituição tributária, porque ele é no mais das vezes operacional, no mais das vezes é do interesse do contribuinte direto, é do interesse de quem recolhe, e é do interesse da Fazenda Pública, para ter o seu imposto recolhido garantir a celeridade, e é do interesse da sociedade, porque chegando o dinheiro, como deveria chegar pelo menos a prestação de serviço ao povo. À vezes algumas coisas acontecem na origem, na realidade não está bem a julgar este fato, mas isto tem repercussão direta em tudo que vamos fazer, é a origem lá da Sexta Vara da Fazenda da Capital, onde se concedeu e se reiterou algo ao depois fulminado, e que gerou toda essa querela que está aqui, essa concessão ao particular de algo que depois, já hoje transitado em julgado, foi reconhecido como indevido, que não poderia ser concedido, e aí estamos aqui não julgando este fato, aliás, como disse, já julgado, mas é desse fato lá da Sexta Vara, que está gerando todo esse imbróglio aqui. Diz o seguinte: O apelo que o Estado tira aqui é contra o reconhecimento de decadência, decadência, regra processual...

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Senhor Presidente, desculpe interromper, mas Vossa Excelência fala da Sexta Vara, mas não é de Petrolina?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Não, o crédito é da PETROMOL que era uma empresa, uma revenda de Automóveis de Petrolina, Sexta Vara, que teve brilhantes magistrados pernambucanos, Dr. Jackson Borges, Dr. Patriota Malta, da Sexta Vara. (Lendo o seu voto anexado aos autos às fls. 664/669).

A matéria está em discussão.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Senhor Presidente, Vossa Excelência disse que se desculpou no início porque chegou fora de forma, mas Vossa Excelência voltou com a corda toda. E a causa é complexa, poucas vezes aqui eu vi uma causa tão complexa, porque realmente é uma questão simples, o lançamento por homologação, antecipação tributária, mas existem outros elementos, uma causa que foi lá em Petrolina, que foi concedida uma liminar, e depois houve desdobramentos aqui porque...

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

A causa sempre é originária em Recife, Sexta Vara.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

O que é que tinha a PETROMOL?

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Tem a sede lá, a empresa essa PETROMOL funcionava em Petrolina, aí como era cobrança do Estado, naquele tempo eu acho que não tinha nem Vara de Fazenda Pública em Petrolina.



675
✓

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

E também o que tive a impressão é que a Volkswagen corria mais do que o Estado, por quê? Porque a notificação, aquela última notificação do lançamento que houve após a declaração de nulidade do TATE, ela veio depois, 05 (cinco) anos depois do outro lançamento. Houve o lançamento depois da nulidade, e bateu na trave novamente, quer dizer, a Volkswagen vinha correndo com aquele motorzão e o Estado vinha...

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Vossa Excelência me permite só um aparte?

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Pois não.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Ideologicamente até acho que não devia reabrir o prazo de 05 (cinco) anos não, ideologicamente estou com aquele pensamento do autor que se tem de que o que deveria reabrir é só o prazo que sobejasse, mas não é essa a orientação jurisprudencial.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

E por sua vez é um crédito tributário de 98. Então, Senhor Presidente, são questões complexas, o voto de Vossa Excelência é muito minucioso, e vejo que os atos não são tão volumosos assim, dão impressão que não é complexo, mas é complexo, e acho que quem está fora de forma sou eu, presidente, e tem essa questão da multa também.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Vossa Excelência prefere pedir vistas?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

É isso, de antemão eu digo que a multa considero confiscatória, porque a multa é um acessório, e é maior do que o principal 200% (duzentos por cento), há decisões do Desembargador Bandeira, mas há decisões do Desembargador Ricardo Paes Barreto, daqui desse Tribunal, considerando a multa confiscatória, e realmente estou sem fôlego e sem musculatura intelectual para decidir e discernir sobre essa matéria, e vou pedir vistas Desembargador.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Acho prudente e recomendável, a matéria tem grande repercussão. Desembargador Itamar, Vossa Excelência quer algum esclarecimento? Quer aguardar, quer votar? Sinta-se à vontade.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

Senhor Presidente, como foi dito aqui pelo Desembargador Antenor, a matéria realmente traz uma certa complexidade, principalmente para a gente que está chegando agora na Câmara de Direito Público e requer...

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Se quiser vista em sucessivo também.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

Eu aguardaria, acho que o voto de Vossa Excelência foi exauriente, foi muito bem posto, esclareceu quase toda a controvérsia, e aguardo o pronunciamento do Desembargador Antenor, e se for o caso na ocasião, depois da pronúncia dele, peço vênica para pedir vista naquela ocasião, mas hoje eu me resguardo porque talvez o subsídio que Vossa Excelência já me deu hoje me conforta pelos acontecimentos, e acredito que com o que o Desembargador Antenor vier trazer, talvez possa me permitir, naquela ocasião, externar o meu voto.



676
L

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Desembargador Antenor, Vossa Excelência precisa de notas taquigráficas?

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Não, praticamente não houve discussão Desembargador, o voto de Vossa Excelência tem o acórdão aqui, está muito bem posto, mas acho que é o suficiente mandar os autos.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

A rigor do Regimento não existe essa história de que quero notas taquigráficas, a gente sabe disso, mas tem sido uma praxe, e não serei eu quem irá quebrar.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Não necessito.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Exatamente, porque a advogada não é daqui de Recife, já deixo a orientação de que quando o Desembargador Antenor comunicar a possibilidade de julgamento, que a reinclusão na pauta se dê com 15 (quinze) dias pelo menos de antecedência, evidentemente porque pode gerar algum transtorno de horário de vôo, de hospedagem.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Mas o processo continua na pauta como adiado, então comunicarei a secretaria o dia que vou trazer para julgar.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE E RELATOR)

Porque aí a gente lança na pauta o processo número tal, vai a julgamento na sessão tal, até porque Vossa Excelência também pode se afastar pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

presidência da AMEPE, então para que ela não se desloque desnecessariamente, só se Deus o livre acontecer um imprevisto total, mas em condições normais de temperatura e pressão o julgamento ocorrerá naquele tal dia. Vossa Excelência comunica, a secretaria lança na pauta, e já fica avisado que Vossa Excelência está em condições de julgamento, e que a nova data com o voto vista será dia tal.

DECISÃO:

" APÓS À UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITANDO A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO, O DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO PEDIU VISTA".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

677

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – 24-04-14

APELAÇÃO CÍVEL Nº 310144-6

APELANTE: ESTADO DE PERNAMBUCO

APELADO: VOLKSWAGEM DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS
AUTOMOTORES LTDA.

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO

FEITO ADIADO A PEDIDO DE VISTA DO DES. ANTENOR CARDOSO, EM
06.02.2014.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

VOTO VISTA

A magistrada segundo a apelante, que é o Estado de Pernambuco, laborou em equivoco, posto que diante da anulação por vício formal daquele anterior auto de infração, através do acórdão do TATE, publicado em 20.12.2001, o dispositivo aplicável para efeito de contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário em questão seria o artigo 173, inciso II, do CTN.

Então, o núcleo da matéria posta em deslinde é este. Um auto de infração lavrado contra a Volkswagen foi anulado pelo TATE. Então, a pergunta que se coloca: Quando é que começa a correr o prazo prescricional? E há uma aparente antonímia de normas, uma vez que o artigo 150, § 4º, do CTN, estabelece o seguinte:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa...”, como é o caso, é um lançamento por antecipação. Ou seja, a Volkswagen ao vender os seus veículos ela faz o lançamento e paga o tributo por antecipação às concessionárias que vão comercializar ditos veículos, e esse tributo é no final pago pelo consumidor, que somos nós que compramos os carros.

Então, voltando ao artigo:

“...opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

E o parágrafo 4º diz o seguinte:

“§ 4º- Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

Então, a Volkswagen que é a apelada ela quer que incida sobre a hipótese o artigo 150, mas existe outra norma do mesmo Código Tributário, que diz o seguinte:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado”.

Então, o Estado de Pernambuco pretende que incida sobre essa hipótese concreta o artigo 173, inciso II. Ou seja, por que isso é mais vantajoso para o Estado? Porque havendo aquele lançamento daquele auto de infração e tendo sido anulado pelo TATE, e posteriormente havendo outros lançamentos sem aqueles vícios formais, então, a partir daí é que começaria a correr o prazo prescricional e não haveria decadência do Estado em fazer esse lançamento.

Eu me curvo ao entendimento do Desembargador Luiz Carlos em seu bem lançado voto, que é muito minucioso, e Vossa Excelência ouviu quando Sua Excelência proferiu o seu voto, e eu destaco, é o voto do Desembargador Luiz Carlos Figueiredo que eu vou lê, ele refere o seguinte à fl. 664v.

“Conquanto o crédito tributário constante do Auto de infração tenha sido constituído em razão do suposto pagamento antecipado a menor do ICMS-substituto retido pela parte apelada sobre a venda de veículos novos, em out/98 a Nov/98, situação que, em tese, faria incidir a aplicação da regra encartada no §4º do art. 150 do CTN para efeitos do prazo decadencial tal qual consignado na sentença, fato é que o aludido AI (não é agravo de instrumento, e auto de infração) foi julgado nulo perante o TATE EM 20-12-2001, circunstância que, no caso concreto, implica na restauração integral do prazo quinquenal para constituir aquele seu crédito tributário, nos moldes daquele art. 173, II, do CTN.”

Ou seja, essa antinomia entre as duas normas é apenas aparente, porque o artigo 173, inc. II, ele se refere expressamente a essa hipótese concreta. E o artigo 150, § 4º pela sua generalidade não se aplica a essa hipótese em que existe uma anulação e o crédito tributário é lançado outra vez pela autoridade processante.

Aparentemente o tema é complexo, mas uma vez que se opta, que se faz um direcionamento, como fez o Desembargador Luiz Carlos, no sentido de aplicar o artigo 173, então é simples concluir que não houve decadência do direito do Estado em fazer a exação. Nisso eu concordo com o Desembargador Luiz Carlos.

Eu só não concordo integralmente com o voto do Desembargador Luiz Carlos é com relação a multa que é aplicada pelo Estado em 200% sobre o crédito. Eu considero que é uma multa excessiva, é uma multa que excede em muito, que a multa sendo acessória, como todos sabem, excede em muito ao valor do principal. Eu considero que se trata de uma multa confiscatória e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

678
✓

dessarazoadada. Não considero arrazoada que se cobre uma multa maior do que o principal. E trago em abono a essa tese de ser a multa confiscatória acórdãos da Oitava Câmara Cível, da lavra do Desembargador Ricardo Paes Barreto que tem o seguinte teor:

"Multa 70% (mesmo de 70% ele considera confiscatória). Redução. Possibilidade. Recurso improvido por maioria de votos (porque lá na Oitava Câmara o Desembargador Francisco Bandeira tem o entendimento diverso). O STF vem reiteradamente decidindo que o montante da multa ainda que fiscal desproporcionado tem caráter confiscatório, o que é vedado pelo artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal".

Outro acórdão diz o seguinte:

"Execução Fiscal. ICMS. Imposição de Multa pela ausência de recolhimento do tributo declarado como devido pelo contribuinte. Redução do percentual, caráter confiscatório. Apesar de o texto literal do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal anunciar o não confisco como princípio a ser aplicado aos tributos, a restrição também é aplicável às multas tributárias, a desproporção entre o desrespeito a norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo constitucional federal".

E no caso a decisão que é tomada nessa hipótese, segundo essa jurisprudência que eu trago à colação, é no sentido de que a multa seja reduzida em 20% do valor devido.

É assim que voto, acompanhando o voto do Desembargador Relator, reconhecendo que não houve a decadência com relação ao lançamento do crédito tributário pela Fazenda Estadual, mas dando provimento em parte apenas para reduzir a multa a 20% do valor do crédito cobrado.

É assim que voto.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE/RELATOR)

O voto do Desembargador Antenor também dá provimento ao apelo e afasta a decadência, como consequência dá por improcedente os embargos a execução fiscal da Volkswagen, mas reduz o valor da multa de 200% para 20% sobre o valor do imposto, e como tal Vossa Excelência está livre para entender tal qual o Desembargador Antenor Cardoso, tal qual a minha opinião, ou até a propor um outro percentual da legislação inferior ou no intermédio da legislação tributária estadual.

A palavra está com Vossa Excelência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA DA SILVA JÚNIOR

Senhor Presidente,
Eminentes pares,
Desembargador Jambo,
Doutora Procuradora,

Em princípio eu só indagaria ao eminente revisor, que eu não ouvi, sobre uma preliminar de intempestividade do apelo.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE/RELATOR)

Já foi votada e rejeita por unanimidade.

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA DA SILVA JÚNIOR

Agradecido pelo esclarecimento.

Gostaria de dizer que a matéria, pelos votos judiciosos de Vossas Excelências, muito didáticos, me deixa muito mais que tranquilo para externar o meu posicionamento aqui nesse momento. Até porque, embora recém chegado a esse Tribunal, já atuei diversas oportunidades em Câmaras de Direito Público, inclusive discutindo matérias que hoje tenho a felicidade de enfrentá-la, e reaprende-la com visão diferenciada de Vossas Excelências.

A questão posta a julgamento diz respeito a uma apelação cível que decretou a decadência do crédito tributário perseguido pelo Estado de Pernambuco em sede de execução fiscal relativo a um suposto recolhimento a menor de ICMS, em face do auto de infração lavrado, que depois veio a ser anulado pelo TATE, e decorrendo daí a nova lavratura do auto de infração, que deu origem a CDA, que hoje está sendo cobrada.

A questão em princípio fulcral é a discussão acerca dessa decadência. E pelos bens lançados votos de Vossa Excelência. Eu compartilho do entendimento de que a aplicação adequada para a questão é aquela prescrita no artigo 173, inciso II, do CTN, porque traduz exatamente o que ocorreu. E o artigo 173, do CTN, diz que o direito da Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se em cinco anos, contados, o inciso II é bem claro, da data em que se torna definitiva a decisão que houver anulado por vício formal o lançamento anteriormente efetuado. Isso foi o que ocorreu e que afasta a pretensa aplicação pela parte recorrida da incidência do artigo 150, § 4º, do CTN.

Nesse aspecto eu sigo o entendimento de Vossa Excelência até porque não há nenhuma discussão a respeito da decisão do TATE que enfatizou a ocorrência de vício formal. A parte não se debate contra essa definição de vício formal, o



679
L

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

que faz adequar-se como uma luva a decisão do TATE, as disposições do artigo 173, inciso II, do CTN.

Definida essa questão da aplicação desse artigo *in casu*, resta saber do *merito causae*. O *merito causae* pelo permissivo do artigo 155, § 2º do CPC, permite a incursão no *merito causae*, e como já bem declinado por Vossa Excelência houve realmente uma postura inadequada de ilícito fiscal, com recolhimento a menor de tributo, quando o substituto tributário não observou adequadamente a decisão de uma tutela antecipada do juiz de piso, e fez uma interpretação extensiva, como já foi bem referida por Vossa Excelência.

Sem querer me alongar a muito, eu estou plenamente de acordo com a posição da Turma, mas há essa questão da divergência quanto a aplicação da multa *in caso*, o relator aponta 200%, enquanto o revisor a reduz para 20%.

Como eu já tinha dito, participando por alongado tempo às vezes, como ocorreu no ano passado junto à Sexta Câmara, tive a oportunidade de firmar um convencimento sobre essa matéria, substituindo o Des. Ricardo Paes Barreto, que inclusive foi mencionado pelo eminente Revisor. E, naquela oportunidade em que estudei a matéria saí convencido de que certas ocasiões há um excesso na aplicação da multa, traduzindo até uma espécie de confisco.

Sem querer de forma alguma achar que posso traduzir uma posição tranquila, ou que seria o dono da verdade, é uma posição de convencimento pessoal, uma posição que já venho adotando junto às Câmaras de Direito Público, de que a aplicação de multa acima dos 100% me afigura confiscatória, e por isso inadequado. Então eu ousa discordar do entendimento externado pela eminente Turma, porque também acredito que a multa deve ter também um caráter orientador e pedagógico. Ao tempo em que verifico na minha consciência de que a multa de 200% poderia ser excessiva, acredito que a aplicação em 20% talvez seja um pouco a quem para a hipótese em comento, porque os fatos indicam uma interpretação inadequada de uma decisão judicial para benefício próprio. E eu ousaria sugerir uma multa que girasse em torno de 50%.

Eu peço a devida vênia dos eminentes pares e meu voto também acompanhando a Turma é no sentido de dar provimento à apelação, inclusive com os ônus sucumbenciais já definidos pelo voto da Turma, e julgar improcedente os Embargos de Execução Fiscal ajuizado pela Volkswagen do Brasil.

Eu peço vênia e é assim que eu voto eminentes pares.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE/RELATOR)

Obrigado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

Eu gostaria de fazer alguns registros. O primeiro diz respeito que há pouco tempo a sala estava cheia de estudantes. Cumpriram a obrigação da cadernetinha, foi tudo embora. O processo realmente relevante em julgamento para aprender Direito, e não para cumprir um castigo de carga horária é esse, de toda pauta. Mas, só três ou dois assistindo. É uma pena.

O segundo registro que eu faço é que o Regimento do Tribunal ele prevê que mesmo nas votações unânimes em alguns casos seja tirada notas taquigráficas quando entendido relevante. Aqui me parece fatal. A tese central da Volkswagen do Brasil é que ocorreu decadência, e lá nem se discute mais como foi diluída a liminar que tinha para recuperação de crédito, mas que decaiu. Todos nós recebemos memoriais, outros memoriais e ontem aditamento de memoriais, onde o foco é - não entendi porque o senhor achou que havia decadência. Todos três acabam de entender que não aconteceu a decadência do direito. O Estado podia cobrar. E todo mundo fundamentou. Alguns de Vossa Excelência até com mais ênfase do que eu havia fundamentado no voto.

Vai haver recursos aos tribunais superiores? Sem dúvida. Então é preciso, penso eu, bem explicitada as razões pelas quais nós rejeitamos o entendimento do juiz de Primeiro Grau que havia assim deliberado.

Vamos a outro extremo, que é a questão da multa: Todos nós fundamentamos as nossas posições pelas quais divergimos. Eu marquei claramente que como é multa, como o fato é grave, como o uso indevido dos seus próprios direito feito por uma das maiores empresas do mundo, que tem capacidade de contratar os melhores advogados do país, não estão precisando de efeito pedagógico para não errar. O erro é deliberado. Precisa que haja um efeito punitivo, porque do tributo ao tributo a lei e a Constituição veda que tenha caráter confiscatório. Aqui é multa, é pena, é punição pela sua prática. E eu destaquei no meu voto que é isso que aconteceu, lamentavelmente, no caso concreto.

Vossas Excelências argumentaram muito bem sobre evitar esse conotação confiscatória também na multa, embora não seja essa a posição do Supremo Tribunal, a posição do Supremo é de acordo com o meu pensamento, mas Vossas Excelências com um brilhantismo que só acontecer defenderam que seria a multa confiscatória.

Resultado: na matéria da aplicação da multa já é claro que o entendimento meu não prevalecerá como vencedor. O que é que vai acontecer? O Estado vai recorrer também. Vai as vias superiores para buscar, ampliar o valor da multa, majorar a multa aos percentuais por mim fixados. Primeiro pelos fundamentos do caso concreto, e segundo com efeito que eu não chamo nem de pedagógico, digo intimidatório a outros contribuintes para não utilizarem o mesmo mecanismo. Mais um motivo para que a nota taquigráfica seja tirada por completo, independente da votação da matéria de fundo ter sido unânime.

680
L

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

Então, lamento, mas tem dois momentos da sessão anterior e dessa que impõe a nota taquigráfica.

Como o Desembargador Itamar Pereira apontou que acha os duzentos muito alto, mas que ao fim, ao cabo os vinte muito baixo, e a proposta de Sua Excelência, como ousaria a propor em cinquenta por cento o valor da multa, porque declarou qualquer multa acima de cem por cento, seja lá o que for, para mim, foi a expressão que ele usou, é confiscatória.

Então, como considerando Desembargador Antenor Cardoso de que se alguém tivesse um dinheiro e aplicasse no mercado financeiro teria valido a pena para pagar uma multa de vinte por cento? Se dissesse: Eu vou pagar essa multa de todo jeito, aplica aqui, com vinte por cento eu vou apurar no mercado financeiro durante esse período cem vezes mais. Portanto, vale a pena deixar para pagar multa.

Eu, evidente, que nem imagino a possibilidade de Vossa Excelência aderir ao meu posicionamento, mas se Vossa Excelência apreciasse a proposta do Desembargador Itamar. Porque o Desembargador Itamar agora foi enfático, de acha que acha que é pequeno de um lado, e grande do outro. Ou senão não tem problema, porque o Regimento tem a solução para o caso.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Vossa Excelência me indaga se eu vou aderir a proposta do Desembargador Itamar. E eu achei interessante que Vossa Excelência coloca que se o contribuinte tivesse aplicado no mercado financeiro ele iria ganhar. Mas eu lembro a Vossa Excelência que esse crédito tributário também está sendo corrigido monetariamente e aplicado os juros.

Aí eu indago a Vossa Excelência, eu vejo os ônus da presidência são inúmeros, e um deles são esses detalhes de cálculo. Eu indago a Vossa Excelência qual seria a proposta do Regimento, antes de eu puder responder?

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE/RELATOR)

Eu acho que se nós não conciliarmos uma posição, será que nessa matéria será feito no chamado o registro dos votos extremados de todos nós aqui, e vai prevalecer o voto médio, no caso o do Desembargador Itamar.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Eu acho muito interessante o julgamento, porque muitas vezes estamos a decidir sobre o quanto vale um determinado produto, e é isso que nós estamos a decidir aqui, quanto vale um determinado produto. E já que estamos nessa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

decisão, e muito me apraz isso, eu digo isso com muita satisfação, me apraz essa discussão do quanto vale.

E eu indago ao Desembargador Itamar se Vossa Excelência aceitaria um limite de 40%?

DESEMBARGADOR ITAMAR PEREIRA

Aceito.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Posto isso eu aceito Desembargador que fixamos a multa em 40%. Eu evoluo, eu vejo que efetivamente o Desembargador Itamar chamou atenção para um aspecto bem relevante com relação a uma conduta do contribuinte que configura um ilícito, ou seja, ela se vale de uma liminar judicial para fazer lançamento de créditos tributários que não existiam, e com isso também que Vossa Excelência refere. Ou seja, a multa não só ele também tem um caráter punitivo, e é uma conduta que estampa uma certa gravidade.

Então eu adiro ao voto do Desembargador Itamar nesse sentido, e fixo a multa também em 40% do valor do crédito.

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FIGUEIRÊDO (PRESIDENTE/RELATOR)

Eu mais uma vez peço a atenção a taquigrafia, porque ao proclamar não vai ser uma coisa tão simples.

DECISÃO:

"À UNANIMIDADE DE VOTOS DEU-SE PROVIMENTO AO APELO, AFASTANDO A DECADÊNCIA QUE HAVIA SIDO RECONHECIDA NA SENTENÇA HOSTILIZADA E, COM BASE NO ARTIGO 515, § 3º, CPC, TAMBÉM DE FORMA UNÂNIME, JULGAR IMPROCEDENTE OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELA APELADA, ARBITRANDO HONORÁRIOS EM 2% (DOIS POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA, NOS TERMOS DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O DESEMBARGADOR RELATOR QUE FIXAVA A MULTA EM 200% (DUZENTOS POR CENTO) SOBRE O VALOR DO IMPOSTO, A TURMA DEU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO NESTE TOCANTE, PARA FINS DE REDUZÍ-LA A 40% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO."