

Execução fiscal - Embargos - Falência - Multa fiscal - Juros de mora posteriores à quebra - Incidência condicionada à suficiência do ativo

Ementa: Apelações cíveis. Processo civil e tributário. Embargos à execução fiscal. Massa falida. ICMS. Multa fiscal. Isenção. Juros de mora posteriores à quebra. Incidência condicionada à suficiência do ativo. Honorários advocatícios.

- O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, apesar de o crédito tributário não estar sujeito à habilitação em falência, nos termos dos arts. 187 do Código Tributário Nacional e 5º da LEF, a multa moratória, por constituir pena administrativa, não incide no processo falimentar (EREsp 491.089/PR).

- No que concerne aos juros de mora, a jurisprudência firmou-se no sentido de que são exigíveis até a decretação da quebra e, após esta, ficam condicionados à suficiência do ativo da massa.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0710.02.003663-2/001 - Comarca de Vazante - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Vazante - Apelantes: 1ª) Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, 2ª) Massa Falida Masa Mineração Areiense S.A. - Apelados: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, Massa Falida Masa Mineração Areiense S.A. - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Caetano Levi Lopes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2010. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Em análise, reexame necessário e recursos de apelação cível interpostos contra a r. sentença de f. 101/107, que, nos autos dos embargos à execução, aviados pela Massa Falida da Mineração Areiense S.A., representada pelo seu síndico Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG), contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou-os parcialmente procedentes, para determinar a exclusão tanto das multas fiscais e administrativas, inclusive a de revalidação, incidente sobre o crédito executado, quanto dos juros moratórios constantes na certidão de dívida ativa litigiosa, ressalvada a possibilidade de sua cobrança no caso de eventual satisfação do ativo da massa falida. Indeferiu ainda o pedido de gratuidade da justiça formulado pela autora, condenando a Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 15% (quinze por cento) sobre os valores apurados indevidos, isentando-a, contudo, quanto às custas processuais.

1ª apelação.

Inconformada com a r. sentença singular, a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação às f. 117/127 dos autos, sustentando que apenas o ente competente para instituir o tributo poderia conceder isenção e anistia tributárias, sendo defeso ao Poder Judiciário tal mister, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Alegou que o art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-lei nº 7.661/45 não fora recepcionado pela atual Constituição Federal, no tocante às penalidades fiscais, notadamente com relação às normas insertas no art. 150, parágrafo 6º, e art. 151, III, devendo, pois, ser considerada como norma revogada, não produzindo mais efeitos jurídicos.

Aduziu que, diante disso, fora negada força jurídica às Súmulas 192 e 565 do Supremo Tribunal Federal.

Destacou que, de acordo com o art. 180 do Código Tributário Nacional, a anistia alcança exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, o que incoorreu no caso dos autos.

Asseverou que os juros de mora são devidos mesmo após a decretação da quebra, ou seja, até a data do pagamento do débito.

Requeru a anulação parcial da r. sentença *a quo*, no tocante à parte que determinou o seu cumprimento com base no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Pugnou pelo provimento do presente recurso, para que fosse reformada a r. sentença e mantida a incidência da multa e dos juros moratórios, bem como para que fosse minorado o percentual fixado a título de honorários advocatícios.

Sem contrarrazões.

2ª apelação.

Por sua vez, a Massa Falida da Mineração Areiense S.A., representada pelo seu síndico, Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG), interpôs recurso às f. 155/166, sustentando que, ao declarar que os juros de mora poderiam ser cobrados no caso de eventual satisfação do ativo da massa falida, o Magistrado *a quo* incorreu em patente violação ao disposto no art. 26 da Lei Falimentar, Decreto-lei nº 7.661/45.

Destacou que as obrigações tributárias que originaram a incidência dos juros de mora cobrados na certidão de dívida ativa possuem fato gerador posterior à data da decretação de sua quebra.

Alegou que, nos termos do art. 208, § 2º, do Decreto-lei 7.661/45, antiga lei falimentar aplicável à espécie, a massa falida não está obrigada ao adimplemento de qualquer verba relativa aos honorários dos advogados de seus credores ou do falido.

Asseverou fazer jus à concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, já que a simples condição de massa falida, por si só, encerra não apenas a sua condição de hipossuficiência financeira, mas, também, a sua absoluta insolvência, reconhecida judicialmente.

Contrarrazões às f. 170/175.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se à f. 183 dos autos, informando a desnecessidade de sua intervenção no presente feito, conforme dispõe a Recomendação PGJ nº 01/2001.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Admito os recursos interpostos, porque presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade.

Tratando-se de sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, em razão do art. 475 do Código de Processo Civil, e atento ao recurso de ofício do Magistrado singular, hei por bem examinar concomitantemente os recursos voluntários e o reexame necessário, uma vez que este possui maior abrangência do que aquele.

Entretanto, antes da análise meritória da questão *sub judice*, necessário o exame do pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça formulada pela Massa Falida da Mineração Areiense S.A.

A Massa Falida da Mineração Areiense S.A. sustentou fazer jus à concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, ao argumento de que a simples

condição de massa falida encerra não apenas a sua condição de hipossuficiência financeira, mas, também, a sua absoluta insolvência, reconhecida judicialmente.

Contudo, em que pesem os argumentos formulados, entendo não ser o caso de deferimento da assistência judiciária.

Isso porque, analisando detidamente os autos, observo que a embargante efetuou o pagamento das custas processuais, juntando, para tanto, o comprovante do depósito às f. 167/168 dos autos, realizando, pois, ato incompatível com o seu pleito.

Assim, não há que se falar em concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, haja vista que, ao recolher o valor relativo às custas recursais, a embargante demonstrou condições financeiras suficientes para arcar com as despesas do processo sem prejuízo próprio.

Assim, sem mais delongas, indefiro o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça à embargante.

Mérito.

Compulsando detidamente os autos, observo que a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, no dia 30.05.2000, propôs execução fiscal contra a Massa Falida da Mineração Areiense S.A., pretendendo receber a importância de R\$ 50.314,03 (cinquenta mil trezentos e quatorze reais e três centavos).

De acordo com a certidão de dívida ativa de f. 03, dos autos do processo executivo em apenso, referido débito refere-se ao ICMS declarado, e não pago pelo contribuinte no período de setembro a novembro de 1998 e no mês de janeiro de 1999, acrescido de multa de revalidação e juros de mora.

Ocorre que, segundo informam os autos, a executada teve sua falência decretada em dezembro de 1998, havendo o Magistrado sentenciante fixado como termo legal da quebra o sexagésimo dia anterior ao primeiro protesto de que se teve notícia naqueles autos, qual seja outubro de 1995 (f. 92).

Encontra-se há muito assentado pela jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal (Súmulas nº 192 e 565) que, em se tratando de empresa falida, há que ser afastada a exigência da multa moratória, no intuito de evitar que tal penalidade recaia sobre os credores habilitados no processo falimentar, alheios à infração.

Como se sabe, a decretação da falência tem por consequência imediata a substituição do devedor insolvente por um organismo de natureza complexa, que é a massa falida, constituída, do ponto de vista subjetivo, pelos sujeitos de direito que compõem a comunhão dos credores e, sob o aspecto objetivo, pelo patrimônio do devedor, afetado como garantia dos débitos.

Por isso, exigir da massa falida o pagamento de multas aplicadas ao falido é o mesmo que punir alguém por falta cometida por outrem, situação que não se coaduna ao nosso sistema jurídico, orientado pelo

princípio de que os efeitos da pena não devem ir além da pessoa do infrator.

No julgamento do RE 110.399/SP, cuja relatoria fora exercida pelo ilustre Ministro Carlos Madeira, a Excelsa Corte, assim se pronunciou:

A falência tem a natureza de medida preventiva do prejuízo, para impedir a dissipação dos bens do devedor, que são a garantia comum dos seus credores. Mas é também um processo de execução extraordinária e coletiva, sobre a generalidade daqueles bens, com o objetivo de circunscrever o desastre econômico do devedor e igualar os credores quirografários: Daí a inexigibilidade da multa, que refletiria no montante da massa a ser partilhada com os credores.

Nesse mesmo sentido, decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Tributário. Execução fiscal contra massa falida. Inclusão no crédito habilitado em falência da multa fiscal com efeito de pena administrativa. Inviabilidade da sua cobrança. Art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências. Agravo regimental desprovido. 1. A falência tem a natureza de medida preventiva do prejuízo, para impedir a dissipação dos bens do devedor, que são a garantia comum dos seus credores. É também processo de execução extraordinária e coletiva, sobre a generalidade daqueles bens, com o objetivo de circunscrever o desastre econômico do devedor e igualar os credores quirografários. 2. Inexigibilidade da multa administrativa, que refletiria no montante da massa a ser partilhado pelos credores. 3. Agravo regimental não provido. (Supremo Tribunal Federal, AGRRE 212839, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Correa, v.u., julg. em 29.09.1997, pub. no DJ de 14.11.97, p. 58783).

E nem se diga que a exclusão da multa administrativa somente ocorreria nos créditos habilitados, regidos pela Lei de Quebras, não alcançando os processos executivos fiscais, regidos por legislação própria.

Data venia dos entendimentos em contrário, a execução fiscal deve ser processada no juízo da execução, sem as multas moratórias. A sobra, se houver, seria remetida ao juízo da falência, para compor a massa falida (nesse sentido, REsp 162027/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. em 31.03.1998, pub. no DJ de 14.12.1998, p. 210).

Também Theotônio Negrão, em nota ao art. 2º, da Lei nº 6830/1980, traz uma referência à Súmula nº 565/STF, dizendo que

‘a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado na falência’. Daí decorre que também não pode ser cobrada em execução fiscal contra massa falida (TFR - 4ª Turma, AC 115.589-RS, Rel. Min. Armando Rollemberg, j. 8.3.89, negaram provimento, v.u., DJU 19.6.89, p. 10.714) (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1178).

Nesse sentido, já me manifestei:

Ementa: Apelação cível - Processo civil e tributário - embargos à execução fiscal - Massa falida - ICMS - Multa fiscal - Isenção - Juros de mora posteriores à quebra - Incidência condicionada à suficiência do ativo.

1). O STJ tem decidido que, apesar de o crédito tributário não estar sujeito à habilitação em falência, nos termos dos arts. 187 do CTN e 5º da LEF, a multa moratória, por constituir pena administrativa, não incide no processo falimentar (EREsp 491.089/PR).

2). No que concerne aos juros de mora, a jurisprudência firmou-se no sentido de que são exigíveis até a decretação da quebra e, após esta, ficam condicionados à suficiência do ativo da massa. (TJMG. Número do processo: 1.0105.06.203284-9/001; Relator: Brandão Teixeira; Relator do acórdão: Brandão Teixeira; data do julgamento: 21.07.2009; data da publicação: 05.08.2009.)

Por fim, não há que se falar que a Constituição Federal de 1988 prejudicou as Súmulas nº 192 e nº 565 do Supremo Tribunal Federal.

Embora não desconheça a existência de decisões do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, não há como desconhecer que o Pretório Excelso, no exercício de sua competência de interpretar a Constituição, há muito tem repudiado tal tese:

Execução fiscal. Falência. Multa moratória. Súmula 565 do STF. Alegada violação aos arts. 1º; 150, § 6º; e 155, II, da Constituição Federal. Decisão que está em consonância com precedentes desta Corte no sentido de que, sendo de natureza administrativa a multa a que se refere o art. 23, III, da Lei de Falências (Súmula 565 do STF) e não de débito tributário, é incabível a alegada afronta ao art. 150, § 6º, da Constituição Federal. Incidência, ainda, das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido. (Supremo Tribunal Federal, AgRg 388247, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 25.02.2003, v.u., pub. no DJ de 11.04.2003, p. 29).

Agravo de instrumento - Multa moratória - Habilitação em falência - Impossibilidade - Ausência de ofensa direta à Constituição - Apelo extremo também deduzido com fundamento no art. 102, III, b, da Constituição - Acórdão que não declarou a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal - Inviabilidade do recurso extraordinário - Recurso de agravo improvido. A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. A multa fiscal moratória, por qualificar-se como sanção de caráter administrativo, não se inclui no crédito habilitado em falência. A Súmula 565/STF, por revelar-se compatível com a Constituição de 1988, foi por esta integralmente recepcionada. Precedentes. (Supremo Tribunal Federal, AgRg 415986, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 29.04.2003, v.u., pub. no DJ de 22.08.2003, p. 42.)

Quanto à limitação temporal para a incidência de juros, melhor sorte não assiste à embargante.

Dispõe o art. 26 do Decreto-lei nº 7.661/1945 que contra a massa não correm juros, ainda que estipu-

lados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.

Assim, correta a decisão que decotou a cobrança dos juros posteriores à data da quebra, de forma provisória, ressalvando-se sua cobrança posterior, se o ativo apurado quando da realização da massa assim suportar.

Nesse sentido, já me manifestei:

Ementa: Processo civil e tributário - Embargos à execução fiscal - Massa falida - ICMS - Multa fiscal - Isenção - Juros de mora posteriores à quebra - Incidência condicionada à suficiência do ativo. 1. O STJ tem decidido que, apesar de o crédito tributário não estar sujeito à habilitação em falência, nos termos dos arts. 187 do CTN e 5º da LEF, a multa moratória, por constituir pena administrativa, não incide no processo falimentar (REsp 491.089/PR). 2. No que concerne aos juros de mora, a jurisprudência firmou-se no sentido de que são exigíveis até a decretação da quebra e, após esta, ficam condicionados à suficiência do ativo da massa. (TJMG. Número do processo: 1.0027.07.119740-7/001; Relator: Brandão Teixeira; Relator do acórdão: Brandão Teixeira; data do julgamento: 31.03.2009; data da publicação: 24.04.2009.)

Em relação aos honorários advocatícios, observo que tanto a embargada quanto a embargante se insurgiram contra a sua fixação.

A embargante alegou que, nos termos do art. 208, § 2º, do Decreto-lei 7.661/45, antiga lei falimentar aplicável à espécie, a massa falida não está obrigada ao adimplemento de qualquer verba relativa aos honorários dos advogados de seus credores ou do falido.

Contudo, em que pesem os argumentos formulados, entendo que à autora falta interesse recursal nesse ponto, tendo em vista que a r. sentença singular não a condenou ao pagamento de qualquer verba sucumbencial.

Assim, por completa ausência de interesse recursal da embargante, não conheço de tal alegação.

Por sua vez, observo que a Fazenda Pública pugnou pela minoração do percentual dos honorários advocatícios, alicerçada, para tanto, nas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

In casu, a r. sentença condenou a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais ao pagamento de honorários advocatícios, de 15% (quinze por cento) sobre os valores apurados indevidos.

Contudo, para evitar uma possível condenação que possa prejudicar a Fazenda Pública, convém que se mantenha a verba sucumbencial como disposta na r. sentença. A sentença será liquidada e, não se sabendo, ao certo, o montante dos valores a serem restituídos, melhor que a fixação dos honorários fique como está na r. sentença.

Conclusão.

Diante do exposto, em reexame necessário, mantenho a r. sentença *a quo*. Prejudicados os recursos voluntários.

Custas do recurso, pela apelante, isenta.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.