



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**Embargante:** Bombril S/A.

**Embargado :** União Federal (PFN).

**SENTENÇA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

Reg nº \_\_\_\_/2016

**Bombril S/A** opôs Embargos à Execução Fiscal movida pela **UNIÃO FEDERAL (PFN)** objetivando, em síntese, a extinção do procedimento executório relacionado ao presente feito com esteio nos seguintes argumentos:

a-) **Nulidade do lançamento fiscal.**

Sustenta que durante o procedimento de fiscalização, Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil teriam indicado a responsabilidade tributária pessoal dos então administradores da Embargante, na forma do artigo 135, II e III, e artigo 137, I, do CTN, sendo que, surpreendentemente, houve somente a responsabilização da pessoa jurídica no instante da lavratura do Auto de Infração.

Entende que houve violação ao artigo 142 do CTN na medida em que agentes do Fisco teriam lavrado o Auto de Infração em sentido diverso do quanto exposto no “encerramento parcial do procedimento de fiscalização”.

b-) **Responsabilidade tributária exclusiva dos antigos administradores da pessoa jurídica.**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

Afirma que os créditos fiscais seriam de responsabilidade pessoal e exclusiva das pessoas que administravam a Companhia na época dos fatos, pois teriam agido em violação a norma do Estatuto Social da sociedade, fato que a isentaria de responsabilidade tributária na forma dos artigos 135, III, e 137, ambos do CTN.

Em reforço dessa tese noticia a existência de uma ação penal instaurada pelos mesmos fatos que teriam dado ensejo à lavratura do Auto de Infração Fiscal, a qual seria: “(...) a maior demonstração de que o crédito tributário em questão (ainda que indevido) resultou da prática de atos ilegais, efetivados por pessoas desautorizadas para tanto, o que, indubitavelmente, desonera (ou deveria desonerar) a Embargante dos tributos resultantes de tais práticas ilícitas.” (fl. 19).

Ainda a esse respeito indica uma decisão da Comissão de Valores Mobiliários que certificaria a ilegalidade que a vitimou, fruto de comportamentos irregulares desenvolvidos por seus administradores de então.

Em arremate afirma ainda que “(...) seria imprescindível o ajuizamento da presente Execução Fiscal incluindo-se no pólo passivo também as pessoas físicas constantes do mencionado relatório de constatação.” (fl. 17).

c-) **Efetiva ocorrência das operações “blue chip swaps”.**

Aduz que tais operações teriam ocorrido e estariam devidamente documentadas, inclusive junto ao Banco Central do Brasil, não sendo correta a conclusão da Receita Federal do Brasil no sentido de



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

que não passariam de mera simulação para a remessa sem causa de valores ao exterior.

A esse respeito articula que: “(...) As operações tinham propósito e natureza estritamente financeiras. Não tinham cunho comercial. Sendo assim, a existência dos títulos ou mesmo a sua propriedade não eram determinantes. É assim que hoje funcionam os mercados de capitais e de futuros. Assim como o milho ou o algodão vendidos em operações de futuro não necessariamente estão na posse daquele que vende tais *commodities*, os títulos, aqui, não precisavam estar nas mãos da Bombril S/A. O milho, o algodão e os títulos, portanto, têm o propósito de dar lastro às operações. Dito de outro modo, nas operações de ‘blue chip swap’, para cada uma das partes contratantes ocorre uma troca escritural de ativos; melhor dizendo, há, em verdade, uma troca financeira de resultados, atrelada a ativos previamente estipulados. Com efeito, por se tratar de uma troca financeira, nessas operações, assim como ocorrem em operações com derivativos, não há a necessidade de guarda dos títulos respectivos, uma vez que estes figuram na relação contratual como meros referenciais. Ou seja, para a Embargante, interessava somente que existisse o contrato e os respectivos pagamentos. Assim, a existência de um contrato de compra desses títulos, firmado com uma pessoa no exterior legalmente habilitada e, portanto, sujeita a sanções no caso de alguma fraude, sempre foi suficiente para que procedesse ao pagamento dos títulos adquiridos e ao registro contábil das operações, mormente quando a Embargante já tinha identificado aqui no Brasil compradores dispostos a adquirir estes títulos. Note-se, a propósito, que ela nunca teve problemas no recebimento dos recursos da venda dos



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

títulos no mercado interno. Em nenhuma dessas operações houve pagamento (remessa) sem causa. Existiu sempre uma causa para a remessa desses valores: ora para que a empresa controlada no exterior efetivasse o pagamento dos títulos por ela adquiridos, ora para que a Embargante quitasse diretamente as obrigações advindas da aquisição dos títulos. Isso sempre ocorria de modo que a Embargante pudesse permanecer efetuando continuamente essas operações, ainda que os recursos ficassem em seu caixa pelo prazo máximo de 7 (sete) dias. Logo, demonstrando que não houve simulação no caso, verifica-se que sequer se justifica a incidência de Imposto sobre a Renda no caso em foco. Ora, se os valores enfiados se destinavam, direta ou indiretamente, ao pagamento dos títulos, não houve qualquer acréscimo patrimonial apto a ensejar a tributação em foco.” (fls. 30/31).

Com amparo nessa tese afirma que haveria causa para as remessas de valores, qual seja, “aumentar a liquidez imediata das empresas no exterior”.

Sustenta, também, que não haveria remessa a terceiro em pelo menos parcela das operações “blue chip swaps”, haja vista que a pessoa jurídica destinatária (“Bombril Overseas”) seria controlada pela própria Embargante e “as variações patrimoniais da controlada são, por imposição legal, refletidas no patrimônio da controladora pelo método da equivalência patrimonial” (fl. 33).

Pretende assim o afastamento do artigo 61, § 1º, da Lei 8.981/95, que prevê a tributação por IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) no caso em tela.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**d-) Inconstitucionalidade da alíquota de 35% (trinta e cinco por cento) aplicada.**

Entende que o artigo 61, § 1º, da Lei 8.981/95 violaria nesse ponto os princípios da capacidade contributiva e da progressividade.

Afirma que “a aplicação da alíquota mais gravosa (...) se deu por conta de fator totalmente alheio a qualquer manifestação de maior capacidade contributiva seja do não-residente (Overseas), seja da própria Embargante(...)” (fl. 35).

Subsidiariamente, sustenta que a fixação de um percentual mais elevado de alíquota na hipótese contrariaria a própria noção de tributo, porque motivada em fato ilícito (remessa sem causa de recursos para o exterior).

**e-) Insurgência contra “A tributação em bases líquidas”.**

Questiona a incidência do § 3º do artigo 61 da Lei 8.981/95 afirmando que a sistemática imposta pelo dispositivo acarretaria “cálculo por dentro” do Imposto sobre a Renda, o que, aos seus olhos, implicaria indevida tributação de uma base de cálculo da qual já constaria valor correspondente ao próprio tributo.

Pugna pelo recálculo do tributo devido, compondo-se a base de cálculo somente com o valor dos pagamentos (remessas) realizados.

**f-) Tributação confiscatória.**

Articula que: “(...) Além de imputar alíquota mais gravosa (35%) do que a estabelecida pela regra geral (15%) e de impor a



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

injustificável tributação ‘por dentro’, para boa parte das remessas em foco o Fisco impôs multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento). Conjugando todos esses percentuais, infere-se que o Fisco exige da Embargante 134,62% (cento e trinta e quatro ponto sessenta e dois por cento) do valor remetido ao exterior, ou seja, o imposto supera o próprio pagamento efetuado (...)” (fl.37).

Requer desse modo a anulação das multas aplicadas.

Subsidiariamente pede a redução das sanções para o padrão de 75% (setenta e cinco por cento) em relação a todos os comportamentos.

**g-) Ilegalidade da incidência de juros sobre valor de multa.**

Afirma que os juros de mora deveriam incidir somente sobre o valor principal do tributo, invocando em abono da tese a aplicação do artigo 161 do CTN, sob pena de configuração de “bis in idem”.

Requer, nesses termos, o acolhimento dos embargos à execução (fls. 02/41).

Com a inicial vieram documentos.

Às fls. 78 e verso sobreveio sentença extintiva do feito sem a análise do seu mérito, prolatada pela Meritíssima Juíza Federal titular deste Juízo.

Interposto recurso pela Embargante houve provimento da apelação pela instância superior que determinou o processamento destes Embargos em seus ulteriores termos (fl. 110).

Recebidos os autos neste Juízo restou expedida a



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

decisão de fls. 121/124, que negou pedido de efeito suspensivo e determinou a intimação da parte embargada para manifestação.

Noticiada a interposição de Agravo de Instrumento, restou mantida a decisão supramencionada (fl. 145).

Impugnação apresentada pela União Federal às fls. 150/202, pugnando pela rejeição integral dos pedidos formulados.

Restou noticiada decisão monocrática de instância superior, negando seguimento ao Agravo de Instrumento interposto (fls. 299/301).

**Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.**

Os embargos devem ser conhecidos, porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Procedo então a julgamento antecipado na forma do artigo 355, I, do Código de Processo Civil porque não há necessidade de produção de outras provas, além daquelas já contidas nos autos.

Os pedidos são parcialmente procedentes.

**No que diz respeito às alegações de que haveria nulidade do Auto de Infração Fiscal e de que somente os administradores da pessoa jurídica deveriam responder pelo crédito fiscal executado, entendo que se impõe a rejeição de tais pleitos.**

A redação do artigo 142 do CTN – norma apontada pela Embargante como violada - é a seguinte: “**Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a** verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, **identificar o sujeito passivo** e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (...) A atividade administrativa de lançamento é



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” (grifei).

Ao contrário do alegado, **o ato de lançamento tributário identifica claramente o sujeito passivo dos créditos fiscais** em estrita consonância com o quanto apurado durante o processo fiscalizatório e mediante observância dos ditames legais.

E nem se cogite da possibilidade de estarmos diante de um ato administrativo (lançamento tributário) emitido em desacordo com a Teoria dos Motivos Determinantes.

Da fundamentação exposta no corpo do Termo de Constatação – que são as razões de fato e de direito que devem ser adotadas como referência para aferir a correção da motivação do ato de lançamento tributário – não se extrai a categórica afirmação de que a pessoa jurídica, ora Embargante, estaria alijada de responsabilidade tributária por força de comportamento desenvolvido por seus administradores.

O fato dos Auditores Fiscais no final do Termo de Constatação terem afirmado que: “(...) Diante da descrição dos fatos acima, cumpre a estas autoridades fazendárias considerar as pessoas a seguir indicadas pessoalmente responsáveis pelas infrações à lei cometidas na direção da empresa BOMBRIL S/A (...) segundo artigos 135, II e III, e 137, I, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), assim expostos: (...)”, não implica conclusão de que somente essas pessoas físicas deveriam responder pelo Lançamento Tributário.

E tanto é assim que os mesmos Auditores Fiscais signatários do Termo de Constatação, ao lavrarem o Auto de Infração (MPF nº 0819000/04229/02) identificaram a Embargante, pessoa





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

jurídica, como devedora do crédito fiscal.

**A responsabilidade tributária das pessoas físicas indicadas no Termo de Constatação (responsáveis tributários) é solidária com aquela da pessoa jurídica (contribuinte), que responde ilimitadamente pelos atos praticados por seus administradores, ainda que sejam comportamentos “ultra vires”.**

Nesse sentido, confira-se ementa do voto-vista proferida pelo e. Ministro Mauro Campbell Marques nos autos do RESP 1.455.490/PR:

**“1. A responsabilidade prevista no art. 135, do CTN, é pessoal dos sócios infratores e solidária entre os sócios infratores e a sociedade, sendo assim ilimitada, de modo que não enseja a exclusão da sociedade contribuinte da relação jurídico-tributária, podendo ser tanto seu patrimônio quanto o patrimônio do sócio responsável objeto de penhora. Adoção pelo Código Tributário Nacional da ‘Teoria da Aparência’ ao ato ultra vires praticado pelo sócio infrator, com respaldo nos arts. 121 c/c 128, do CTN.**

2. Essa solidariedade entre o sócio infrator e a sociedade da qual participa não afasta a ação civil da sociedade contra o sócio infrator para reaver as perdas e danos (v.g. art. 11, do Decreto n. 3.078/19). Trata-se aí de assunto interno entre sócio e sociedade que não tem qualquer relação com terceiros ou Fisco.

(...)

5. ACOMPANHO O RELATOR para CONHECER PARCIALMENTE e, nessa parte, DAR PROVIMENTO ao presente recurso especial.” (grifei).

Sua Excelência, o Ministro Mauro Campbell Marques, assim explicitou as razões pelas quais a prática de atos “ultra vires” pelos administradores da pessoa jurídica não afasta a responsabilidade



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

tributária dessa última: “ Quanto à afronta ao art. 135, III, do CTN, transcrevo a lição de Rubens Gomes de Sousa a respeito das classificações da sujeição tributária passiva indireta (in SOUSA, Rubens Gomes de. ‘Sujeito passivo das taxas: responsabilidade por transferência e substituição’. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 16, n. 4, p.346-353, abr. 1971. Trimestral): 2. A sujeição passiva indireta 2.1. O Código Tributário Nacional (CTN), lei n. 5.172, de 1966, com a denominação dada pelo art. 7.º do ato complementar n. 36. de 1967, dispõe em seu art. 121 que: ‘Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I — contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II — responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.’ 2.2. Por essa norma, o CTN englobou em uma só figura, a do responsável, todas as hipóteses de sujeição passiva indireta de que tratei em meu ‘Compêndio de Legislação Tributária’, págs.71/72 (3ª. ed., Rio, 1960). Nesse trecho, escrevi que a sujeição passiva pode ser direta, quando o tributo é cobrado da pessoa que retira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado; ou indireta, quando o Poder Público tenha interesse ou necessidade de cobrar o tributo de pessoa diferente daquela. 2.3. Prosseguindo, esclareci que a sujeição passiva indireta comporta duas modalidades: transferência e substituição, assim definidas: A) Transferência é a passagem da sujeição passiva para outra pessoa, em virtude de um fato posterior ao nascimento da obrigação contra o obrigado direto; comporta três hipóteses: a) solidariedade, quando, havendo simultaneamente mais de um devedor, o que paga o total adquire a condição de obrigado indireto quanto à parte que caberia aos demais, b) sucessão, quando, desaparecendo o devedor por morte, falência ou cessação do negócio, a obrigação passa para seus herdeiros ou continuadores, c) responsabilidade, quando a lei põe a cargo de um terceiro a obrigação não satisfeita pelo obrigado direto; B) Substituição é a hipótese em que, independentemente de fato novo posterior ao nascimento da obrigação, a lei já define a esta como surgindo desde logo contra pessoa diversa da que seria o obrigado direto, isto é, contra pessoa outra que aquela que auferiu vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado. 2.4. **O CTN, como disse, fundiu em uma só todas estas modalidades de sujeição passiva indireta; e adotou**

Sentença - Embargos à Execução Fiscal



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**terminologia diferente, chamando ‘responsável’ não só àquele que passa a dever em virtude da inadimplência de outro, como também àquele que deve desde logo por conta de outro em virtude de mandamento legal.** Isto não quer dizer, é claro, que deixem de existir, como hipóteses de fato, as circunstâncias que examinei no ‘Compêndio’. **O que o CTN fez foi sistematizá-las a tódas em uma só hipótese de direito, a que deu o nome de ‘responsabilidade’, qualquer que seja o motivo determinante da sujeição passiva indireta.** 2.5. Em suma, na figura do responsável criada pelo art. 121, n. II, do CTN confundem-se todos os casos práticos examinados no item 2.3 supra. Ou seja, responsável é todo aquele que, por exigência de lei, deve satisfazer obrigação tributária alheia (ainda que em um caso, o da solidariedade, conjugada em parte com obrigação tributária própria). Resumindo, na sistemática do CTN responsável tanto é o devedor solidário, como o sucessor do devedor, como o obrigado a suprir o inadimplemento do devedor, como, finalmente, aquele a quem a lei já designa como devedor de obrigação ainda ‘in fieri’. 2.6. Para concluir esta parte do nosso estudo, resta chamar atenção para o fato de que o responsável, nos termos do art. 121 do CTN, é assim chamado apenas porque responde por obrigação alheia. Essa obrigação é do contribuinte, mas tanto este como o responsável são, perante o fisco, sujeitos passivos. Isso, aliás, está dito no citado artigo do CTN, que é, nessa parte, a consagração da doutrina, seja nacional, seja estrangeira: Amilcar de Araújo Falcão, ‘Substituto Legal Tributário’, em ‘Introdução ao Direito Tributário’, págs. 111 e segs. (Rio, 1959) ou RDP, vol. 8/44 (São Paulo, 1969); Benedetto Cocivera, ‘Il sostituto d’imposta’ na ‘Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze’, 18, I, pág. 327 (Milão, 1959); Augusto Fantozzi, ‘La Solidarietà nel Diritto Tributario’, págs. 17 e segs. (Turim, 1968); Pedro Soares Martinez, ‘Da Personalidade Tributária’, págs. 361 e segs. (Lisboa, 1969). **O registro final é que a classificação da sujeição passiva indireta em responsabilidade por transferência e por substituição não altera o fato de que o contribuinte continua sujeito passivo da obrigação tributária juntamente com o responsável.** A exceção somente pode advir de lei, consoante a hipótese descrita no art. 128, do CTN: Art. 128 Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. É preciso aqui desfazer uma confusão interpretativa. **O fato de a responsabilidade do sócio ser qualificada como ‘pessoal’ não implica a exclusão da sociedade contribuinte da relação jurídico-tributária. Ela (a sociedade) continua a ser sujeito passivo na forma do art. 121, do CTN, não tendo havido a exclusão legal prevista pelo art. 128 do mesmo diploma. Em verdade, o que o art. 135, do CTN prevê é a abertura de um novo caminho para a satisfação do crédito tributário sem descuidar dos demais já existentes. Sob uma perspectiva histórica, a expressão ‘são pessoalmente responsáveis’ vem em oposição à expressão "não respondem pessoalmente" contida no art. 10, do Decreto n. 3.078/19, que estabeleceu a regulação da constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada (a mesma expressão se encontra também no art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA). Transcrevo os dois dispositivos legais para comparação: Decreto n. 3.078/19 Art. 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei. Lei n. 5.172/66 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Em verdade, o art. 135, III, do CTN traz comando idêntico ao art. 10, do Decreto n. 3.078/19, a única diferença é que enquanto o CTN enfatiza a exceção (a responsabilização dos sócios em situações excepcionais), o Decreto n. 3.078/19 enfatiza a regra (a ausência de responsabilização dos sócios em situações regulares). **No entanto, ambos trazem a previsão de que os atos praticados (obrigações contraídas em nome da sociedade, inclusive as tributárias) com excesso de poder (mandato), violação à lei, contrato ou estatutos sociais ensejam a responsabilização dos sócios para com terceiros (incluindo-se aí o Fisco) e para com a própria sociedade da qual fazem parte, de forma solidária e ilimitada. Esse enfoque é o suficiente para se compreender que a ‘pessoalidade’ prevista no art. 135, do CTN é apenas uma forma de contrapor-se à ‘não pessoalidade’ do art. 10, do****

Sentença - Embargos à Execução Fiscal



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**Decreto n. 3.078/19 e não guarda qualquer relação com o fato de ser a responsabilidade solidária ou não com a sociedade. A solidariedade e a ausência de limites da responsabilidade do sócio no caso de infrações está prevista no próprio art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e é universal, pois diz respeito a todos os credores prejudicados pela infração, sendo particulares ou o Fisco. Já a cumulação da responsabilidade do sócio infrator e da sociedade da qual participe perante terceiros (incluindo-se aí o Fisco) tem por fundamento a boa-fé dos terceiros prejudicados que tratam com a sociedade e que não têm conhecimento do que nela ocorre internamente, não conhecem os limites de seus regulamentos internos. Trata-se de aplicação da 'Teoria da Aparência' ao ato ultra vires praticado pelo sócio infrator para garantir a satisfação dos direitos dos terceiros (incluindo-se aí o Fisco). Essa a lógica do CTN e que foi por diversas vezes aplicada pela jurisprudência pátria do Supremo Tribunal Federal - STF e deste Superior Tribunal de Justiça - STJ nas relações privadas, a saber: "Sociedade Comercial. Aval dado por sócio gerente, em nome da firma, dentro do estabelecimento. Embora contrariando o contrato, é válida a obrigação cambial contraída com terceiro de boa fé, ressalvada a ação da sociedade contra o sócio' (STF, RE 70969/RS, Primeira Turma, Rel. Min Antônio Neder, DJ 06 08 76). CONCORDATA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. IMPUGNAÇÃO. O aval dado por sócio gerente de firma comercial, embora contrariando o contrato social, é válido, ressalvada a ação da sociedade contra o sócio, principalmente se, como no caso dos autos, tirou a recorrente proveito da obrigação ilicitamente contraída. Inexistência de negativa de vigência da lei federal e dissídio de jurisprudência não comprovado, segundo a Súmula N. 291. Recurso Extraordinário não conhecido (STF, RE 68104/RS, Primeira Turma, Rel. Min Barros Monteiro, DJ 05-12-1969). 'O ato do sócio-gerente, com violação do contrato, obriga a sociedade perante terceiro de boa-fé. Inteligência do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Recurso especial conhecido e provido' - STJ, REsp. n. 1965/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 13-3-90. **Desse modo, a solidariedade em casos que tais sempre abrange, além dos próprios sócios infratores, também a sociedade, que se torna com eles obrigada solidária perante terceiros de boa-fé, já que, via de regra, segundo a 'Teoria da Aparência', as restrições de poderes constantes do contrato social são inoponíveis a terceiros.** De registrar, como já**

Sentença - Embargos à Execução Fiscal



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

referido nos julgados citados, que essa solidariedade entre o sócio infrator e a sociedade da qual participa não afasta a ação civil da sociedade contra o sócio infrator para reaver as perdas e danos (v.g. art. 11, do Decreto n. 3.078/19). Trata-se aí de assunto interno entre sócio e sociedade que não tem qualquer relação com os terceiros. Por fidelidade teórica, observo que modernamente há doutrina que vê nas alterações efetuadas pelos arts. 47 e 1.015, do CC/2002 uma superação da ‘Teoria da Aparência’ com o regresso à ‘Teoria do Ato Ultra Vires’, onde a sociedade não se obriga perante terceiros pelos atos dos administradores exercidos fora dos limites de seus poderes. **No entanto, ainda que assim se compreenda, tais artigos de lei, além de não versarem sobre matéria tributária, são bem posteriores ao Código Tributário Nacional e seu contexto histórico que permanece adotando a ‘Teoria da Aparência’, por força até de seus artigos 121, c/c 128. Desse modo, a responsabilidade prevista no art. 135, do CTN, é pessoal dos sócios infratores e solidária entre os sócios infratores e a sociedade, sendo assim ilimitada, de modo que não enseja a exclusão da sociedade contribuinte da relação jurídico-tributária, podendo ser tanto seu patrimônio quanto o patrimônio do sócio responsável objeto de penhora (...)**” (grifei).

**E exatamente porque se trata de responsabilidade solidária o Fisco pode**, segundo os seus próprios critérios, **eleger apenas a Embargante para integrar o pólo passivo da relação jurídico-tributária**. A ela, Embargante, remanesce contudo o direito de promover a demanda cível pertinente para reaver junto aos seus ex-administradores a quantia que, eventualmente, venha a despendar por força de ilícitos por eles praticados.

Em abono dessa linha de raciocínio, confira-se o seguinte excerto de doutrina: “A solidariedade tributária não comporta benefício de ordem, **podendo o Estado escolher que um dos codevedores responda pelo cumprimento total da obrigação tributária**, não observando qualquer ordem de vocação. Assim, não fica o Fisco adstrito a uma ordem de preferência, cobrando inicialmente de



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

um para, depois fazê-lo com relação a outro devedor solidário, sendo defeso a estes, destinatários da solidariedade tributária, invocar o 'benefício de ordem', como ocorre em determinadas situações regidas pelo Direito Civil. **Dessa forma, 'na solidariedade o Fisco tem o direito de escolher o que for de sua maior conveniência para exigir o cumprimento integral da obrigação tributária.'** (grifei) (SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 725).

Anoto ainda que **o fato dos ex-administradores da pessoa jurídica enfrentarem procedimentos de responsabilização em outras esferas** (administrativa e penal) **não é capaz de isentá-la de responsabilidade tributária no caso em exame**, haja vista que se tratam de esferas distintas de responsabilização, definidas com parâmetros normativos também diversos, e não há comando legal que imponha – **neste passo** - a observância de eventuais decisões exaradas em outras esferas.

**Deste modo não merecem ser acolhidas essas específicas pretensões apresentadas pela Embargante, quando sustenta a nulidade do Auto de Infração e a responsabilidade tributária, pessoal e exclusiva, de seus antigos administradores.**

Prossigo então no exame dos demais pedidos apresentados pela parte embargante.

Acerca das operações denominadas "blue chip swap" são pertinentes alguns esclarecimentos acerca da natureza da operação e, principalmente, sobre o seu regime jurídico, antes do exame das alegações deduzidas pela Embargante a esse respeito.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

A operação denominada “blue chip swap” consiste, nas palavras de Bruno Meyerfoh Salama, em uma “compra e venda de ativo estrangeiro entre partes brasileiras, com o fim último de permitir disponibilização de liquidez em moeda estrangeira no exterior para um brasileiro. Na sua formatação básica, uma empresa brasileira, desejando constituir disponibilidades em dólar no exterior, contrata no Brasil a compra de um ativo financeiro seguro (os chamados *blue chip*) situado no exterior, e logo a seguir o vende. A particularidade dessa operação é a de que o país da entrega da coisa é distinto do país do pagamento. Com isso se permite, na prática, a transferência de recursos sem o fechamento de um contrato de câmbio.” (SALAMA, Bruno Meyerhof. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n.50, pp. 174-175, 2010). Disponível em [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerohof\\_salama/42/](https://works.bepress.com/bruno_meyerohof_salama/42/). Acesso em 25/7/2016.

Como se pode ver, ordinariamente, trata-se da venda de um ativo financeiro estrangeiro de alta liquidez, praticada dentro do território nacional, mas com pagamento efetuado em moeda estrangeira para além das fronteiras do Brasil. **Com essa operação o comprador do ativo** - normalmente uma empresa localizada no Brasil - **consegue obter no exterior uma posição financeira de liquidez, sem a necessidade de uma operação de câmbio** (troca de reais por uma determinada moeda alienígena). **Também o vendedor obtém no exterior uma posição de elevada liquidez, já que vende o ativo no Brasil geralmente em troca**





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**de moeda corrente estrangeira, paga no exterior.**

Estamos diante da denominada “compensação privada de créditos internacionais”, figura proibida pelo Decreto 23.258/33, que em seu artigo 1º assim dispõe: “**São consideradas operações de câmbio ilegítimas** as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou **jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no país, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio**, mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil (...)” (grifei).

E o artigo 1º do Decreto-Lei 9.025/46 estabelece categoricamente essa proibição.

Anoto, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a plena vigência do Decreto 23.258/33 desde sua publicação, sem solução de continuidade no tempo, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. MULTA POR ILÍCITO CAMBIAL. FUNDAMENTO LEGAL PARA APLICAÇÃO DA SANÇÃO NOS ARTS. 3º E 6º DO DECRETO Nº 23.258/33. **DECRETO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COM STATUS DE LEI ORDINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO PELO DECRETO S/N DE 25 DE ABRIL DE 1991**, ANTE O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O recurso especial restou provido, porque o entendimento veiculado no acórdão recorrido destoa da jurisprudência deste Superior Tribunal, **firme no sentido de que "o**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**Decreto 23.258/33 não foi revogado pelo Decreto s/n de 25 de abril de 1991, em atenção ao princípio da hierarquia das leis"** (AgRg no REsp 1.417.170/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/4/2014).

2. A vigência do referido Decreto nº 23.258/33 confirma a higidez da multa fixada em processo administrativo em decorrência da prática de ilícito cambial. Precedente: REsp 828.362/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 3/11/2008.

3. Agravo regimental desprovido.”

(STJ – AgRg no RESP 1177351/RS – 1ª Turma – Relator: Ministro Sérgio Kukina – Publicado no Dje de 10/10/2014).

No que diz respeito ao eventual argumento de que tais operações foram toleradas por determinados órgãos administrativos por certo período histórico, **anoto que eventual incompreensão hermenêutica ou negligencia fiscalizatória por parte dos agentes administrativos de plantão, não são fatos aptos a transmutar algo ilícito em lícito.** A “compensação privada de créditos internacionais” é, portanto, um comportamento ilícito à luz da legislação em vigor.

Pois bem. No caso concreto as operações realizadas pela parte embargante consistiram (contratos 28 a 40), em resumo, na suposta venda de títulos públicos internacionais (“Argentine Global Bonds” e “U.S. Treasury Bills/T-Bills”) em território nacional, com



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

remessa ao exterior dos valores obtidos nesses negócios jurídicos em benefício da “Bombril Overseas Inc.”, sociedade empresária controlada pela Embargante, que seria a verdadeira possuidora dos títulos negociados e que os repassaria por mútuo à Embargante para comercialização no mercado interno.

Em parcela dos negócios jurídicos supramencionados teria sido a própria Embargante quem adquiriu, diretamente, os títulos públicos em apreço.

Em outros casos (contratos 41 a 49) a Embargante teria adquirido no exterior, diretamente junto a um corretor, títulos públicos internacionais (“Argentine Global Bonds”) e, após ter promovido a negociação desses títulos em território nacional, teria remetido os valores correspondentes para o exterior.

Mecanismo semelhante ao mencionado no parágrafo acima teria ocorrido em outros negócios (contratos de números 50 a 93), nos quais a Embargante teria adquirido “T-Bills” junto a instituições financeiras e a um corretor, e, em seguida, após ter promovido a negociação desses títulos em território nacional, também teria remetido os valores correspondentes para o exterior.

**Perceba-se então que não estamos efetivamente diante do figurino clássico de uma operação com “blue chip swap” em relação à Embargante, vez que o pagamento pelos títulos teria ocorrido no Brasil e em moeda nacional, com posterior remessa desses valores convertidos em moeda estrangeira ao exterior, para terceiros. A idéia básica do “blue chip swap” é garantir posição de liquidez no exterior para comprador e vendedor do título, sem**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**necessidade de prévia operação de câmbio para ambos, o que evidentemente não teria ocorrido no caso das operações narradas neste feito em relação à Embargante, segundo sistemática de negociação exposta por ela própria.**

De plano cumpre ressaltar que a Embargante teria incorrido em prática expressamente proibida pelo artigo 18 da Lei 4.595/64 e violado ainda os artigos 37 da Lei 4.595/64 e 15 da Lei 6.385/76, **haja vista que teria comercializado valores mobiliários em território nacional sem legitimidade para tanto e deixando de comunicar o BACEN em relação a essas específicas transações** (contrato de cambio com registro no SISBACEN).

**Ademais há sincera dúvida sobre a efetiva existência e titularidade dos títulos públicos que teriam sido objeto dos negócios jurídicos que a parte embargante afirma ter praticado, dúvida essa que, porque incontornável, justifica a manutenção das conclusões alcançadas pela Administração Fiscal a esse respeito no procedimento administrativo**, considerada a presunção de acerto e legitimidade que reveste os atos administrativos e a ausência de provas em sentido contrário nestes autos a ponto de autorizar a revisão do entendimento administrativo. Vejamos:

No que diz respeito aos negócios supostamente praticados pela Embargante envolvendo títulos públicos emitidos pela República Argentina **observo que há prova nos autos no sentido de que tais títulos não existem**, pois, conforme consta às fls. 204-verso e 205 dos autos: "(...) Em 12 de dezembro de 2003, nosso Adido na Argentina, Dr. Manoel Reinaldo Manzano Martins, respondeu o e-mail, com



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

informações fornecidas pelo ‘Coordenador de Títulos Públicos’ do Ministério da Economia Argentino, Dr. Alejandro G. Granieri que transcrevemos: ‘Cara Simone, Abaixo a resposta do ‘Coordenador de Títulos Públicos’ (...) ‘Prezado Manoel Manzano, verificamos que em 02-03-98 não efetuamos nenhuma emissão de Títulos públicos Nacionais. De qualquer modo, a fim de poder visualizar todas as emissões efetuadas no ano de 1998, sugiro-lhe que entre em nossa página da WEB e visite o site no qual você pode ver todas as emissões históricas do Governo Nacional e checa-las’. Com o objetivo de fortalecermos todas as formalidades legais, tributárias e/ou judiciais (...) providenciamos a formalização da informação encaminhada via eletrônica, obtendo a NOTA nº 324/04 de 13/FEV/04, do Ministério de Economia da República Argentina, enviada para esta fiscalização através do MEMO/ADIRF/BUE/Nº001, do Adido Tributário e Aduaneiro na Argentina (...)’.

**Vê-se, portanto, que a autoridade administrativa estrangeira responsável pela emissão dos “Argentine Global Bonds” declara, categoricamente, que não há títulos dessa natureza emitidos em 02 de março de 1998**, exatamente o objeto das operações supostamente praticadas pela Embargante com tal natureza de título.

E não colhe a alegação da Embargante no sentido de que, em última análise, pouca relevância teria a efetiva existência desses títulos. **Obviamente são eles que garantem uma posição de crédito para aqueles que os adquirem, logo, a existência dos títulos é efetivamente relevante em qualquer operação que lhes diga respeito.**

Anoto ainda que se revela incrível a alegação de que “(...) a existência de um contrato de compra desses títulos, firmado com



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

uma pessoa no exterior legalmente habilitada e, portanto, sujeita a sanções no caso de alguma fraude, sempre foi suficiente para que procedesse ao pagamento dos títulos adquiridos e ao registro contábil das operações (...)” (fl. 30).

Evidentemente quem promove a compra de títulos dessa natureza junto a renomadas instituições financeiras ou corretoras de valores até poderia promover raciocínio semelhante ao apresentado pela Embargante nestes autos, fiando-se na credibilidade que, naturalmente, repousa sobre tais pessoas, fruto das severas fiscalizações e regulamentações impostas pelos órgãos estatais de controle. **Contudo, revela-se pouco crível que aqueles que compraram os “Argentine Global Bonds” da Embargante nas condições de negociação exposta nos autos não se tenham cercado de cautelas no sentido de verificar a efetiva existência dos títulos. Também é pouco crível que a própria Embargante, sociedade empresária de grande porte e amparada por renomados advogados, não tenha adotado comportamento semelhante.**

Chama ainda atenção que, passados tantos anos desde a negociação dos títulos em questão, não tenha a Embargante informado a este Juízo sobre qual instituição ou pessoa arcou com a responsabilidade no instante em que os compradores dos títulos (comprovadamente inexistentes de acordo com o quadro probatório) pretenderam resgatá-los ou transferir-lhes a propriedade junto à instituição de custódia. A prova – elementar – desses fatos indiscutivelmente serviria para emprestar verossimilhança à tese veiculada na petição inicial.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

É hialino que eventuais adquirentes dos títulos argentinos junto à Embargante (ou em negócios sucessivos) experimentaram dificuldades no instante de registrá-los em seu nome ou quando foram resgatá-los e, certamente, teriam procurado a sociedade empresária para pedir explicações, já que foi ela a responsável pela primeira negociação dos mesmos em território nacional.

É também de se estranhar que não haja notícia de eventual retificação dos instrumentos de compra e venda anexados ao feito para correta identificação dos títulos argentinos, caso se tratasse de mero equívoco na indicação da data de emissão.

Ademais, como anota a União Federal em sua manifestação: “Conforme muito bem consignado nos autos administrativos, a empresa não forneceu dado algum acerca dos títulos argentinos, tais como a sua identificação, seja no padrão ISIN (International Securities Identification Number), seja em outro equivalente, os números de série e, nem mesmo, a instituição custodiante.” (fl. 153).

**Todo esse quadro fático-probatório robor a conclusão administrativa de que os “Argentine Global Bonds” não existiam e que os negócios jurídicos que os tinham como objeto foram efetivamente simulados (artigo 167 do CC em vigor e artigo 102 do CC revogado), para remessa injustificada de valores ao exterior.**

É irrelevante dentro desse contexto a existência do alegado contrato de mútuo entre a Embargante e a sociedade empresária por ela controlada.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**E essa mesma conclusão (simulação dos negócios jurídicos) se aplica no que diz respeito às operações realizadas com títulos públicos norte-americanos.**

Conforme alerta a União Federal: “Impende observar que os contratos de compra e venda dos títulos às empresas brasileiras não provam a existência dos ativos financeiros nem asseguram que tenha havido a efetiva transmissão de sua propriedade. Os “argentine global bonds” e os “T-Bills” **são ativos escriturais, mantidos em conta de depósito, em nome de seus titulares, em instituições financeiras autorizadas.** A negociação de tais ativos em mercado de balcão é perfeitamente possível, mas só produzirá os efeitos transmissivos pretendidos quando registrada junto à instituição custodiante. Esta sim é que, à vista do instrumento do negócio, procederá à efetiva transferência de titularidade, mediante lançamento a débito da conta do alienante e a crédito da conta do adquirente. **Daí porque serem imprescindíveis, como elementos de prova, os extratos fornecidos pela instituição custodiante, não bastando os instrumentos particulares de compra e venda.**” (grifei) (fl. 155).

E sobre esse ponto também merecem transcrição as considerações efetuadas pelo Relator da Impugnação Administrativa promovida pela Embargante, **esclarecendo sobre a efetiva necessidade de indicação das entidades custodiantes dos títulos americanos negociados, para a verificação da legitimidade da propriedade deles:** “(...) Em qualquer negócio de compra e venda, ao comprador interessa adquirir o bem desejado e, evidentemente este bem será minuciosamente examinado, já que se o objeto não for aquele desejado ou contiver





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

qualquer vício redibitório, por certo, será exigido a devolução da quantia paga, um abatimento no preço ou a troca do bem por outro de melhor qualidade. Dessarte, não é possível crer que o contribuinte, para a realização de negócios que chegaram à casa dos milhões de dólares, não tomou o menor dos cuidados, ou seja, verificar a existência do bem transacionado. Ainda mais quando, conforme relato da defesa, teria se cercado de profissionais do porte de corretores e advogados. **A simples citação do número CUSIP (acrônimo de Comitê sobre Procedimentos de Identificação de Títulos Uniforme) não é suficiente para demonstrar a existência dos títulos norte-americanos, conforme alerta o próprio Departamento do Tesouro dos Estados Unidos (fl. 1359), além do que, dos contratos apresentados, apenas uma pequena parcela contém esta identificação (...)** (grifei) (fls. 247 e verso).

Os elementos de prova dispostos nos autos permitem afirmar que, muito embora instada a informar ao Fisco sobre as entidades que custodiavam os “T-Bill’s” - para permitir a verificação da veracidade dos negócios jurídicos supostamente realizados (legítima propriedade dos títulos) - deixou a Embargante de esclarecer essa questão. **E tampouco trouxe a estes autos provas que permitissem a adoção de uma linha de entendimento diversa daquela determinada na esfera administrativa, lembrando sempre que é ônus do contribuinte apresentar elementos de prova capazes de arrostar a presunção de acerto que recai sobre o lançamento tributário.**

E nem se diga que a mera escrituração contábil de tais operações seria suficiente para provar a existência dos títulos, ante os demais elementos de prova e o contexto fático que cerca a lide assentada



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

nestes autos. Não há regra ou princípio de direito processual que empreste suporte a entendimento desse jaez.

Em resumo: não houve esclarecimento sobre as entidades custodiantes dos “T-Bill’s”, supostamente negociados pela Embargante em território nacional, cujo produto foi remetido para o exterior.

**Dentro desse contexto merece ainda destaque o fato de que o Fisco identificou que parcela significativa dos compradores dos títulos são “empresas de fachada”, conforme consta do voto proferido pelo Relator do Recurso Administrativo junto ao 1º Conselho de Contribuintes, cujo excerto ora transcrevo: “(...) a Bombril não apenas ‘comprou’ ou tomou os títulos por ‘empréstimo’, a empresa ‘vendeu’ tais títulos no mercado nacional, sendo essa a venda a proveniência dos recursos remetidos ao exterior (pagamentos). Ora, não é crível a alegação no sentido de que uma empresa do porte da Bombril não sabia que estava adquirindo títulos frios ou inexistentes. Além disso, a seguir esses mesmos títulos foram negociados, vendidos, para as empresas Hard Sell Arquitetura Promocional Indústria e Comércio Ltda. e Logística Operações Promocionais e Eventos Ltda., que por sua vez teriam repassados a terceiros. Foram dezenas de operações, conforme admitido pela própria Recorrente, ao longo de pelo menos dois anos (1998 e 1999). A Recorrente não apresenta qualquer explicação ou justificativa eficaz para ter vendido o que não existia. Não é razoável, muito menos lógico, que nenhuma pessoa ou empresa envolvida nessas operações buscasse seu dinheiro de volta junto a Bombril. Ao que parece a Recorrente nada perdeu, pois todos os**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**‘títulos’ que teria adquirido foram vendidos. (...) A única conclusão plausível é que essas ‘vendas’ de título foram engendradas para acobertar remessas de valores ao exterior, cujos recursos se sabe da proveniência imediata, foram enviados pela empresas Hard Sell e Logística, mas não a origem.** Em síntese: há um motivo simulatório no caso concreto – permitir que o pagamento dos títulos justifique a remessa ‘sem causa’ de valores ao exterior. Trata-se de hipótese de falsidade ideológica, com o propósito de modificar as características essenciais da remessa realizada, afastando, por simulação, a ocorrência do fato gerador do Imposto. O que revela esta simulação: i) o caráter fictício da operação, por meio da qual, em circunstâncias atípicas, é assegurada a remessa de significantes valores ao exterior, sem prestação de garantias por parte de quem recebeu os recursos ou de comprovação da existência do título que vendeu; ii) não é negocialmente justificável a ausência de indicação da instituição financeira custodiante ou sua codificação CUSIP, ou de outros cuidados para se assegurar se os títulos existiam ou não, se era regular ou não sua existência. Errôneo é supor que este tipo de apuração (sobre a existência ou não dos títulos) não necessitaria de ser realizada, baseando-se tão somente na credibilidade do corretor. A Recorrente não tomou, em favor da referida simulação, as diligências que seriam usuais em operações desta natureza e montante; **iii) o fato de as pessoas adquirentes dos títulos e, por conseguinte, supridora dos recursos à Recorrente, serem empresas de fachada, como revelado pela fiscalização, e de nenhum dos ‘compradores’ finais dos ‘títulos’ terem se insurgido contra a Bombril, que não estornou uma venda sequer;** iv) o fato de a Recorrente ter agido em conluio com sua controlada e com



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

os adquirentes dos títulos no Brasil. Os fatos indicados são vestígios que denunciam a simulação realizada, pois, apreciados de forma conjugada, demonstram a construção artificial da compra e venda dos títulos, de modo a proporcionar, como motivo simulatório, que não fossem tributados os recursos remetidos ao exterior (...)” (grifei) (Apenso II).

E sobre esse estratagema desenvolvido pelos administradores da Embargante, faço ainda remissão às alegações finais apresentadas pelo Ministério Público Federal nos autos da Ação Penal nº 2003.61.81.001228, que o descreve com riqueza de detalhes, roborando a conclusão de simulação das operações examinadas nestes autos (fls. 1.482/1.528 dos Autos de nº 0002635-37.2011.403.6114).

**Some-se ainda o fato de que o contexto fático-probatório revela a inverossimilhança da alegação apresentada pela parte Embargante no sentido de que a venda dos títulos estrangeiros em território nacional se destinaria à obtenção de capital de giro para as demais empresas que integravam o grupo econômico capitaneado por Sérgio Cragnotti, localizadas no estrangeiro.**

Em geral, as operações denominadas “blue chip swap” ocorreram mais frequentemente enquanto vigorou a paridade (ou a proximidade de valor) de cotação entre o Real e o Dólar, ocasião na qual a taxa de juros interna tornava atrativa a entrada de capital estrangeiro (corporificado nos títulos negociados), a negociação de títulos e a manutenção dos valores obtidos nessas negociações em aplicações financeiras em território nacional por um determinado período, justamente para aproveitar a maior taxa interna de juros. Essa também era uma possível configuração desse tipo de operação financeira.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

No caso da Embargante, conforme estudo realizado pela Receita Federal do Brasil **em relação a operações semelhantes às expostas nestes autos e objeto de outro processo administrativo-fiscal**, parte significativa dos valores que supostamente decorreriam da negociação dos títulos estrangeiros ficava pouquíssimo tempo no Brasil, o que é inusual, *in verbis*: “(...) Do total movimentado, 57% (...) foram repassados no mesmo dia ou no dia subsequente – R\$ 54.352.230,00 de um total de R\$ 95.447.382,61. Se fosse considerada a parcela de R\$ 4.341.000,00, recebida numa sexta-feira (11/12/98) e repassada na segunda-feira seguinte (14/12/98), o percentual aumentaria para 62%! Dessa forma, não se mostra verossímil a alegação de que as operações objetivavam a obtenção de capital de giro de curtíssimo prazo, na medida em que este, para a maior parte dos valores envolvidos, praticamente inexistiu.” (fls. 157/158).

**E a própria Embargante reconhece em sua petição que ficava no máximo 7 (sete) dias com os valores decorrentes das operações, antes de remetê-los para o exterior.**

Esse curto lapso temporal é mais um dado fático que deve ser considerado como atípico para a natureza das operações que a Embargante, incrivelmente, sustenta ter realizado.

**Todo esse quadro fático-probatório não permite afastar a conclusão administrativa de que os “T-Bill’s” não existiam e de que os negócios jurídicos que os tinham como objeto foram efetivamente simulados (artigo 167 do CC em vigor e artigo 102 do CC revogado), para remessa injustificada de valores ao exterior.**

Irrelevante dentro desse contexto a existência do



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

suposto contrato de mútuo entre a Embargante e a sociedade empresária por ela controlada.

Mantenho, portanto, o entendimento adotado pela Administração Fazendária em relação à simulação dos negócios jurídicos com títulos públicos estrangeiros.

**Afasto, por consequência, mais essa pretensão da Embargante.**

Examino por seu turno a pretensão da parte embargante, que busca afastar a incidência do artigo 61, § 1º, da Lei 8.981/95.

A redação do comando legislativo é a seguinte:

“Art. 61. **Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento**, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º **A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros** ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, **quando não for comprovada a operação ou a sua causa**, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.” (grifei).

Conforme já exposto alhures os elementos de prova acostados ao feito - além do quadro fático que dele emerge - permitem suportar as conclusões alcançadas na esfera administrativa, relativamente à simulação dos negócios jurídicos engendrados pela Embargante com títulos públicos alienígenas.

**Por consequência lógica, inevitável é a conclusão de que não houve comprovação de causa lícita para a remessa de valores ao exterior, conforme descrito nos autos.** É categórica a subsunção de tal comportamento ao modelo de conduta previsto no dispositivo legal supramencionado.

E nem se diga que não houve remessa a terceiro em parte dos negócios jurídicos sindicados, porque a sociedade “Bombril Overseas” não se encaixaria nessa condição jurídica na medida em que se trataria de uma sociedade empresária controlada pela Embargante.

Ora, o conceito de terceiro previsto no § 1º do artigo 61 da Lei 8.981/95 é exatamente aquele clássico, previsto na Teoria Geral do Direito Privado, segundo o qual se compreende como sendo terceiro todo aquele alheio a uma determinada relação jurídica, no caso, a relação jurídica entre o Fisco e a Embargante. Aplicação do artigo 109 do CTN.

Clara é a condição de terceiro da “Bombril Overseas”.

E não se pode deixar de reconhecer autonomia e individualidade enquanto pessoa jurídica à sociedade empresária, “Bombril Overseas”, apenas porque se trata de sociedade empresária controlada pela Embargante.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

O conceito de sociedade controlada decorre do artigo 243, § 2º, da Lei 6.404/76, que assim dispõe: “Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, **é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.**” (grifei).

Portanto, ainda que a Embargante possua papel preponderante na condução da vida empresarial da “Bombril Overseas”, isso não significa que não sejam pessoas jurídicas distintas.

E dentro dessa ordem de ideias nenhuma relevância possui a alegação de que “Se as variações patrimoniais da controlada são, por imposição legal, refletidas no patrimônio da controladora pelo método da equivalência patrimonial, ela não pode sequer ser considerada terceiro perante a sua controladora”.

As consequências jurídicas do método da equivalência patrimonial para fins contábeis e tributários em relação à sociedade controladora não autorizam a conclusão de que aquela e a sociedade controlada seriam uma mesma pessoa jurídica. **São distintas realidades jurídicas e normativas, sem qualquer relação de causa e consequência entre si que seja capaz de afastar a conclusão de que a “Bombril Overseas” e a Embargante são pessoas jurídicas distintas.**

Conforme dito acima, evidente a autonomia da sociedade empresária controlada frente à Embargante e, por isso mesmo, pode ser considerada como terceira estranha às relações tributárias da Bombril S/A com o Fisco, amoldando-se perfeitamente à hipótese de incidência prevista no § 1º do artigo 61 da Lei 8.981/95.

**Rejeito, portanto, a pretensão da Embargante**





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**que pretende o afastamento da incidência do § 1º do artigo 61 da Lei 8.981/95.**

E tampouco se deve cogitar de inconstitucionalidade da alíquota de 35% (trinta e cinco) por cento, prevista para a tributação do IRRF no caso em apreciação.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não se mostram ultrajados de modo a autorizar que órgão do Poder Judiciário submeta a contraste de constitucionalidade o dispositivo por violação a regra ou princípio constitucional.

Deve-se ter em mente a *ratio* que inspirou o Legislador da Lei 8.981/95 ao prever a alíquota majorada para situações de ilicitude praticadas pelo contribuinte nos termos do artigo 61 daquele diploma legal. **Objetivou-se compensar sonegações decorrentes de tais comportamentos em relação ao conjunto de tributos incidentes sobre o sujeito passivo**, assegurando-se, assim, a isonomia entre ele e outros sujeitos passivos que se encontrassem em uma mesma situação jurídica.

**Nos termos do artigo 61 da Lei 8.981/95 é tributada de maneira mais grave, basicamente, aquela pessoa jurídica que efetua pagamentos sem identificar o beneficiado pelos valores ou quando não há prova da operação ou de sua causa em relação a pagamentos e recursos entregues a terceiros, sócios, acionistas ou titular.**

Note-se que não há razão alguma para se sustentar uma pretensa quebra do princípio da isonomia, da capacidade contributiva ou da progressividade, na previsão legislativa da alíquota majorada no artigo 61 da Lei 8.981/95, pretendendo-se tributação por



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

IRRF na faixa de 15% (quinze por cento) na forma da “alíquota geral aplicável para as pessoas jurídicas”, **porque se tratam de situações jurídicas distintas e que, exatamente porque distintas, exigem tratamento legislativo razoável e proporcional na medida dessa distinção, o que foi fielmente observado pelo Legislador na redação do artigo 61 da Lei 8.981/95.**

**Não se pode deixar de considerar que a alíquota é majorada no caso exatamente porque ao promover pagamentos sem causa a terceiros há uma redução patrimonial da pessoa jurídica que repercute na base de cálculo de outros tributos (IRPJ e CSLL, por exemplo), além do que não há a tributação adequada daquele que injustificadamente recebeu a quantia. Deste modo em razão da evasão fiscal praticada, justifica-se a incidência do IRRF em alíquota mais elevada para se garantir a isonomia em relação aos demais contribuintes que recolheram corretamente seus tributos.** Não se trata de punição por ato ilícito, conforme pretende fazer crer a Embargante.

As razões expostas na petição inicial estão divorciadas da *mens legis*.

**Repilo mais essa pretensão.**

Por sua vez, no que diz respeito ao inconformismo da Embargante com a aplicação do § 3º do artigo 61 da Lei 8.891/95, também não vejo razões para submeter a contraste de constitucionalidade o dispositivo.

Muito embora a União Federal tenha deixado de apresentar impugnação em relação a essa pretensão, não há motivo para reconhecer os efeitos principais da revelia no caso, conforme dispõe o



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

artigo 341, I, do CPC.

Basta examinar o Demonstrativo de Apuração do Auto de Infração (Apenso I) e atenta interpretação do preceito legal para se constatar que o raciocínio exposto pela Embargante não se mantém em pé.

A alíquota de 35% (trinta e cinco por cento) foi aplicada sobre o valor **corrigido** da base de cálculo (pagamentos sem causa a terceiro), **não vingando o raciocínio da Embargante ao dirigir o seu inconformismo contra o § 3º do artigo 61 da Lei 8.891/95.**

O dispositivo apenas estabelece que os valores identificados pelo Fisco (pagamento efetuado por pessoa jurídica a beneficiário não identificado ou a terceiros, sócios, acionistas ou titular, sem origem da causa ou do próprio pagamento) devem ser considerados como líquidos para fins de retenção do Imposto de Renda, **procedendo-se ao respectivo ajuste em valores correspondentes nos rendimentos brutos**, tomando-se essa última realidade como base de cálculo do IRRF na forma do cálculo exposto à fl. 1410 do Processo Administrativo Fiscal (Apenso I), realizado segundo ditames da IN 4/80, **que não foi objeto de impugnação nestes autos.**

**E ainda que assim não fosse deve-se ter em conta que a legislação tributária autoriza que os agentes do Fisco apurem de forma presumida** (v.g., artigo 148 do CTN, artigo 47 da Lei 8.981/95 e artigos 281, 282, 285, 288, 528, 537, 672 e 674, § 1º, do RIR), **segundo critérios previamente definidos** (no caso, segundo a IN 4/80) **o montante do tributo devido, sempre que por força do descumprimento de uma obrigação tributária acessória pelo**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**contribuinte houver a geração de um quadro de incerteza na apuração de um fato relevante para a definição dos limites da obrigação tributária principal.**

Na hipótese dos autos a escrituração contábil e fiscal da Embargante foi construída com arrimo em negócios jurídicos simulados. Deixou-se de informar corretamente as remessas de valores ao exterior e, por consequência, as anotações foram inseridas de modo incorreto nos livros empresariais.

**Em quadro desse jaez não se pode pretender que os valores (incorretamente) escriturados pela Embargante sejam considerados – estrita e exclusivamente - para a definição da base de cálculo do tributo devido.**

É lícito o comportamento dos agentes fiscais que com base nos elementos de prova disponíveis observaram o § 3º do artigo 61 da Lei 8.891/95, valendo-se de mecanismo previsto na IN 4/80 para a definição da base de cálculo do tributo devido no caso em exame.

**Afasto também essa pretensão da Embargante.**

Examino então a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada no caso, fixada no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento) para determinados comportamentos desenvolvidos pela Embargante, com base no artigo 44, II, da Lei 9.430/96.

A redação do dispositivo legal vigente à data dos fatos geradores era a seguinte: “(...) Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas (...) **cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude**, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, **independentemente de outras**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**penalidades administrativas ou criminais cabíveis”** (grifei).

E a atual redação do artigo 44 da Lei 9.430/96 segue permitindo a imposição de multa no patamar de 150% em razão do seu §1º que assim dispõe: “§ 1º **O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964,** independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis” (grifei).

O inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, prevê multa de 75% (setenta e cinco por cento) “sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”.

Pois bem. A questão agitada pela Embargante em sua petição revela-se controvertida, tanto que sobre o tema pende de solução recurso com repercussão geral reconhecida junto ao Supremo Tribunal Federal. Refiro-me ao RE 736.090/SC:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL QUALIFICADA. SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUIO. 150% SOBRE A TOTALIDADE OU DIFERENÇA DO IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO NÃO PAGA, NÃO RECOLHIDA, NÃO DECLARADA OU DECLARADA DE FORMA INEXATA (ATUAL § 1º C/C O INCISO I DO CAPUT DO ARTIGO 44 DA LEI FEDERAL Nº 9.430/1996). VEDAÇÃO AO EFEITO CONFISCATÓRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. QUESTÃO RELEVANTE DOS PONTOS DE VISTA ECONÔMICO E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

DE INTERESSES. REPERCUSSÃO GERAL  
RECONHECIDA.”

Mas a existência de repercussão geral reconhecida não impede o exame da questão nesta instância, especialmente **porque ausente comando do STF determinando o sobrestamento dos feitos** relativos ao tema, além do que, deve-se ter em consideração **o regime jurídico em vigor no instante em que a Suprema Corte exarou a decisão nos autos do RE 736.090/SC e a aplicação do princípio segundo o qual “tempus regit actum” em matéria processual.** Nada então impede o exame da específica questão constitucional apresentada pela Embargante.

Dito isso passo a examinar com maior profundidade a pretensão da Embargante, que se volta contra a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), pugnando, subsidiariamente, pela sua redução para o patamar de 75% (setenta e cinco por cento).

O princípio constitucional que proíbe o confisco é uma das limitações ao poder de tributar do Estado e consiste, basicamente, em impedir que o Fisco se aproprie do patrimônio dos particulares de modo desarrazoado e desproporcional, aniquilando, em última análise, a própria capacidade de geração de riquezas, manutenção de bens ou gozo de uma existência digna.

Ilustrando, confira-se trecho do magistério de Luciano Amaro sobre o princípio em tela: “(...) É óbvio que os tributos (de modo mais ostensivo, os impostos) traduzem transferências compulsórias (não



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

voluntárias) de recursos do indivíduo para o Estado. **Desde que a tributação se faça nos limites autorizados pela Constituição, a transferência de riqueza do contribuinte para o Estado é legítima e não confiscatória.** Portanto, não se quer, com a vedação do confisco, outorgar à propriedade uma proteção absoluta contra a incidência do tributo, o que anularia totalmente o poder de tributar. **O que se objetiva é evitar que, através do tributo, o Estado anule a riqueza privada. Vê-se, pois, que o princípio atua em conjunto com o da capacidade contributiva, que também visa a preservar a capacidade econômica do indivíduo.** Ricardo Lobo Torres considera **a vedação de confisco como uma imunidade tributária da parcela mínima necessária à sobrevivência da propriedade privada**, o que importaria dizer que o confisco equivaleria à extinção da propriedade; reconhece, porém, esse autor que, **inexistindo possibilidade prévia de fixar os limites quantitativos para a cobrança não confiscatória, a definição concreta de confisco há de se pautar pela razoabilidade.** Dessa forma, o problema que se coloca está em saber até onde pode avançar o tributo sobre o patrimônio do indivíduo, sem configurar confisco, ou, considerada isoladamente certa situação tributável, qual o limite máximo de ônus tributário que legitimamente sobre ela poderia impor-se. (...) **O princípio da vedação e tributo confiscatório não é um preceito matemático; é um critério informador da atividade do legislador e é, além disso, preceito dirigido ao intérprete e ao julgador, que, à vista das características da situação concreta, verificarão se um determinado tributo invade ou não o território do confisco.**” (grifei) (AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1999, pp.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

139-140).

Não é correto o entendimento daqueles que sustentam a inaplicabilidade do princípio em relação às multas tributárias, baseado na interpretação estrita e literal do inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal. Entende-se simplesmente que em razão da multa não ser tributo, não seria ela alcançada pelo princípio que proíbe o confisco.

Há que se ter em mente que a Constituição Federal exige técnicas específicas de interpretação, justamente porque se trata de um diploma normativo especialíssimo, dotado de alto valor político e regente do funcionamento do Estado e da sociedade como um todo. Impõe-se por isso a exegese sistemática e teleológica de suas normas, interpretando-se ainda as palavras contidas no texto de acordo com os valores tutelados pelo Poder Constituinte.

Seguindo então essa ordem de pensamento e atento à ideia de que o Legislador Constituinte de 1988 estabeleceu o princípio do não-confisco, conforme já dito, para impedir que o Estado se aproprie do patrimônio dos particulares de modo desarrazoado e desproporcional, **entendo que a correta interpretação do preceito constitucional estabelecido no inciso IV do artigo 150 permite compreender que também as multas tributárias (moratórias ou punitivas) não podem ser confiscatórias.**

E ainda que assim não fosse, anoto que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - instrumentos reconhecidamente à disposição do Poder Judiciário para submeter a contraste de constitucionalidade as normas infraconstitucionais - permitiriam avaliar a correção constitucional de determinada multa (tributária ou não),





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

considerado principalmente o que dispõe o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

**Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade impõem ao Poder Legislativo, emissão de normas que obedecem não somente ao devido processo legal formal (seguindo o procedimento legislativo previsto na Constituição Federal), mas que também se observe o devido processo legal sob o prisma substantivo (a norma seja dotada de conteúdo razoável e proporcional à luz dos valores estabelecidos na Constituição Federal) em sua atividade legiferante.**

Servindo de suporte a esse entendimento, trago à colação excerto da obra de Eduardo Sabbag: “(...) É natural que se devam aplicar pesadas multas a certos contribuintes, até porque é da essência dessa prestação pecuniária dissuadi-los da recalcitrância na conduta transgressora, principalmente quando estiverem em jogo superiores interesses da coletividade. **Entretanto, a prática adotada deve ir ao encontro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade**, a ser detalhado no tópico seguinte. Geraldo Ataliba, a esse respeito, assevera que ‘(...) quanto mais o Direito repute valioso um bem, tanto mais o protege. Na medida em que há mais o que quer proteger, mais severa é a sanção que aplica ao que não obedece à lei que impõe tal respeito’. Mesmo reconhecendo que a doutrina procura trazer à baila diferentes finalidades e espécies de multa, tem prevalecido, por sua vez, o pensamento segundo o qual à multa se veda vestimenta de ‘receita adicional de recursos em favor do Estado’, em nítida subversão do arcabouço principiológico constante do texto constitucional, que oferta parâmetros imodificáveis ao poder de tributar. Por outro lado, em



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

homenagem ao rigor científico, é possível assegurar que não é nada simples a associação mecânica do postulado tributário do não-confisco a multas, apenas pelo fato de serem escorchantes, embora seja crível que ‘é grande a tentação de procurar enquadrar quantia excessiva imposta como penalidade pela legislação tributária dentro da moldura do princípio da não confiscatoriedade’. **Impende registrar que a doutrina majoritária tem se manifestado favoravelmente à aplicação do postulado tributário às multas exacerbadas. Afirma-se, em resumo, que tanto a multa moratória quanto multa punitiva podem ser confiscatórias se extrapolarem os lindes do adequado, do proporcional, do razoável e do necessário, colocando em xeque as suas precípuas finalidades, com a ofensa ao art. 150, IV, e ao art. 5º, XXII, ambos da Carta Magna. Não há dúvida de que uma multa excessiva, que extrapole os limites do razoável, ainda que visando a desestimular o comportamento ilícito iterativo, além de irradiar sua carga punitiva, em seus dois elementares caracteres – o preventivo e o punitivo -, mostra-se vocacionada a burlar o dispositivo constitucional inibitório de sua existência, agredindo o patrimônio do contribuinte.”** (grifei) (SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 252).

E sabidamente o princípio da legalidade não impede o Judiciário de avaliar a constitucionalidade dos atos normativos expedidos pelos demais Poderes constituídos, exatamente para assegurar a supremacia formal do Texto Constitucional. Trata-se de pura e simples decorrência do princípio fundamental que assegura a tripartição de poderes (artigo 2º da CF/88) e o seu consequente sistema de freios e



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

contrapesos.

**Com esteio em tais fundamentos tenho como passível de submissão a contraste de constitucionalidade incidental a norma contida no artigo 44, II, da Lei 9.430/96 em sua redação original, aquela aplicada à Embargante.**

Ora, trata-se de norma evidentemente inconstitucional, considerado o montante de 150% (cento e cinquenta por cento) da multa punitiva prevista, incidente sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição. **Há nela clara violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo) por parte do Legislador Ordinário, que não observou o princípio do não-confisco e construiu modelo normativo que permite a imoderada invasão do patrimônio do contribuinte.** A multa deve ser reduzida para o padrão de 75% (setenta e cinco por cento), conforme inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96, **à mingua de outro parâmetro legal adequado.**

**Independentemente da natureza da multa prevista no artigo 44, II, da Lei 9.430/96 (tributária ou não, punitiva ou moratória), não é constitucionalmente permitido que, no caso, a obrigação pecuniária acessória (multa) supere o montante da própria obrigação principal (pagamento do tributo).**

E nem se diga que o caráter pedagógico da providência justificaria a imposição de reprimenda no patamar previsto na redação original do inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96, visando punir e desestimular os contribuintes que – ainda que fraudulentamente – deixassem de cumprir com suas obrigações tributárias.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta diversos precedentes dos quais se extrai a impossibilidade da lei fixar multa em padrão que leve ao pagamento de quantia superior ao montante da própria obrigação principal**, conforme já alertou o Ministro Roberto Barroso nos autos do AgR no RE 602.686/PE. Segue ementa desse julgado:

“SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **MULTA PUNITIVA. 75% DO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER PEDAGÓGICO. EFEITO CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO.** PRECEDENTES.

A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Trata-se da sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários. Nessas circunstâncias, conferindo especial relevo ao caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da Administração tributária, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos. **Nesses casos, a Corte vem adotando como limite o valor devido pela obrigação principal.** Agravo regimental a que se nega provimento”

(STF – AgR no RE 602.686/PE – 1ª Turma – Relator: Ministro Roberto Barroso – Publicado no Dje de 05/02/2015).



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

E nessa mesma trilha seguem outros precedentes da Corte Suprema, **autorizando entendimento segundo o qual é inconstitucional a multa cujo montante extrapola o valor da obrigação principal que, descumprida, deu-lhe ensejo:**

“Agravo regimental no recurso extraordinário. CDA. Nulidade. Alegada violação do art. 5º, LV, da CF/88. Matéria infraconstitucional. Afronta reflexa. **Multa. Caráter confiscatório.** Necessidade de reexame de fatos e provas. Taxa SELIC. Constitucionalidade.

(...)

2. **Ambas as Turmas da Corte têm-se pronunciado no sentido de que a incidência de multas punitivas (de ofício) que não extrapolem 100% do valor do débito não importa em afronta ao art. 150, IV, da Constituição.**

3. Para acolher a pretensão da agravante e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem acerca da proporcionalidade ou da razoabilidade da multa aplicada, seria necessário o revolvimento dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. É firme o entendimento da Corte no sentido da legitimidade da utilização da taxa Selic como índice de atualização de débitos tributários,



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

desde que exista lei legitimando o uso do mencionado índice, como no presente caso.

5. Agravo regimental não provido.”

(STF – AgR no RE 871174/PR – 2ª Turma – Relator: Ministro Dias Toffoli– Publicado no Dje de 11/11/2015).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. **MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO.** ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – **Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.**

II – A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III – Agravo regimental improvido.”

(STF – AgR no RE 748257/SE – 2ª Turma – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – Publicado no Dje de 19/08/2013).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.846/94 EDITADA PELA UNIÃO FEDERAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS

Sentença - Embargos à Execução Fiscal



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA FEDERAÇÃO E DA SEPARAÇÃO DE PODERES - INOCORRÊNCIA - EXERCÍCIO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE SUA COMPETÊNCIA IMPOSITIVA, COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES QUE DEFINEM ESSA ATRIBUIÇÃO NORMATIVA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE NÃO USURPA A ESFERA DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS - LEGITIMIDADE DO PODER REGULAMENTAR DEFERIDO AOS MINISTROS DE ESTADO - ATRIBUIÇÃO REGULAMENTAR DE SEGUNDO GRAU QUE POSSUI EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 87, PARÁGRAFO ÚNICO, II) - INOCORRÊNCIA DE OUTORGA, PELA LEI Nº 8.846/94, DE DELEGAÇÃO LEGISLATIVA AO MINISTRO DA FAZENDA - PODER REGULAMENTAR SECUNDÁRIO DESVESTIDO DE CONTEÚDO NORMATIVO PRIMÁRIO - **TRANSGRESSÃO, NO ENTANTO, PELA LEI Nº 8.846/94 (ART. 3º E SEU PARÁGRAFO ÚNICO), AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO--CONFISCATORIEDADE TRIBUTÁRIA** - SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DE TAL PRECEITO LEGAL - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, EM PARTE. **A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

Sentença - Embargos à Execução Fiscal



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

- É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. **Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento).**

- A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

- **O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do 'quantum' pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se**





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.**

(...)"

(STF – MC na ADI 1075/DF – Pleno – Relator: Ministro Celso de Mello – Publicado no DJU de 24/11/2006).

Cabe ainda assentar que no caso de multas tributárias moratórias a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é ainda mais restritiva, limitando-a ao teto de 20% (vinte por cento) da obrigação tributária principal. Nesse sentido: STF – AgR no AI 727872/RS – 1ª Turma – Relator: Ministro Roberto Barroso – Publicado no Dje de 15/05/2015.

**Em assim sendo, o tratamento legislativo adotado na redação original do artigo 44, II, da Lei 9.430/96 mostra-se desproporcional porque constitui o contribuinte em obrigação para além dos limites daquilo que seria razoável, considerada a medida da obrigação principal e os próprios signos indicativos de riqueza que levaram à configuração do fato gerador tributário.**

Deste modo **reconheço incidentalmente a inconstitucionalidade da redação original do artigo 44, II, da Lei 9.430/96**, porque violadora dos artigos 150, IV, e 5º, XXII, da Constituição da República, e, por consequência, **determino a redução do patamar da multa aplicada pelo Fisco com amparo naquele preceito**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**legal, fixando-a em 75% (setenta e cinco por cento) “sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata” na forma do artigo 44, I, da Lei 9.430/96.**

E pouco importa que a conduta desenvolvida pela Embargante “(...) em nada se assemelha com a conduta punida com a multa moratória daquele que, a despeito de não ter recolhido o montante devido regularmente apurado (...) não pratica nenhum ato de má-fé com o intuito de, ilicitamente, diminuir o montante devido” (fl. 191), dadas a inconstitucionalidade acima declarada do inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96, a inexistência de previsão legal mais específica para a subsunção do comportamento imputado à Embargante e a impossibilidade do Poder Judiciário criar modelos abstratos de comportamento à luz da teoria da tripartição de poderes.

**Acolho, nesses estritos termos, essa específica pretensão da Embargante.**

Observo, contudo, que não há nada de inconstitucional na fixação da multa punitiva no padrão de 75% (setenta e cinco por cento), conforme já sinalizou o c. STF nos autos do AgR no RE 602.686/PE, com ementa citada a pouco e a qual faço remissão. Mantenho, portanto, as demais multas aplicadas nesse padrão.

Por fim, no que tange ao pedido da Embargante consistente na exclusão dos juros de mora sobre as multas punitivas aplicadas, a rejeição é medida que se impõe.

A Teoria Geral das Obrigações estabelece que os juros de mora visam recompor o patrimônio do credor que não recebeu o crédito



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

devido no momento oportuno.

A cobrança de multa moratória está prevista no artigo 61 da Lei 9.430/96, conforme segue:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, **serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.** (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º **Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.** (Vide Lei nº 9.716, de 1998)”

Observe-se que a própria lei impõe a incidência de juros de mora em relação à multa moratória aplicada (artigo 61 da Lei 9.430/96) e o artigo 161 do CTN não autoriza outra linha de raciocínio, não havendo ainda qualquer incompatibilidade entre os diplomas normativos, especialmente porque não há distinção hierárquica entre Lei Ordinária e Lei Complementar e nem estamos diante de matéria reservada somente a esta última pela Carta da República.

Anoto ainda que, conforme bem se sabe, “a multa integra a obrigação principal, fazendo parte do crédito tributário, está



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

sujeita à incidência de juros de mora, que incidem sobre a totalidade do crédito, conforme dispõe o art. 161 do CTN” (TRF3 – AC 187426 – 6ª Turma – Relator: Desembargadora Consuelo Yoshida – Publicado no DJF3 de 09/08/2010).

E considerado o período de ocorrência dos fatos, os juros de mora aplicáveis são definidos pela Taxa SELIC, conforme assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.  
**2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.**

(...)

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”  
(STF – RE 582461 – Pleno – Relator: Ministro Gilmar Mendes).

Afasto desse modo mais essa pretensão da Embargante.

**Diante do exposto procedo a julgamento na forma que segue:**

Conheço dos Embargos à Execução Fiscal opostos por **Bombril S/A** em face da **UNIÃO FEDERAL (PFN)** e **acolho-os parcialmente**, apenas e tão somente para reduzir **o patamar da multa aplicada pelo Fisco com amparo artigo 44, II, da Lei 9.430/96 (declarado incidentalmente inconstitucional em sua redação original), fixando-a em 75% (setenta e cinco por cento) “sobre a totalidade ou**



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
2ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

Autos nº 0005754-06.2011.4.03.6114

**diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata” (artigo 44, I, da Lei 9.430/96), resolvendo nesses termos o mérito da demanda na forma do artigo 487, I, do CPC. Quanto ao mais restam mantidos os atos fiscais combatidos nestes autos.**

Deixo de fixar condenação em custas ante a sucumbência recíproca (artigo 86 do CPC) e porque inexistentes custas iniciais nesta espécie processual.

**Condeno as partes a pagarem, respectivamente, honorários advocatícios à parte adversa, conforme artigo 85, § 14, do CPC.**

O percentual da condenação – que incidirá sobre a medida da sucumbência de cada uma das partes em relação ao valor atualizado da causa - será fixado oportunamente nos exatos termos do artigo 85, § 4º, II, do CPC.

Traslade-se cópia desta sentença para os procedimentos executórios apensos.

Traslade-se para estes autos, cópia dos documentos de fls. 1.482/1.528 dos Autos de nº 0002635-37.2011.403.6114.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Int.

São Bernardo do Campo, 23 de agosto de 2016.

**LEONARDO VIETRI ALVES DE GODOI**

Juiz Federal Substituto

Sentença - Embargos à Execução Fiscal