



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2015.0000076331

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0006644-62.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados COMERCIAL PETIT BEBE LTDA (MASSA FALIDA) e UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2015

RAMON MATEO JÚNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 5504

Apelação nº 0006644-62.2014.8.26.0100

Apelante: Ministério Público

Apelado: União (Fazenda Nacional) e Massa Falida Comercial Petit Bebê Ltda.

Comarca: São Paulo

Juiz sentenciante: Paulo Furtado de Oliveira Filho

INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO. FALÊNCIA. UNIÃO. Pleito ajuizado pela União Federal, por intermédio da Fazenda Nacional. Pedido de restituição de tributo retido na fonte pela falida quando do pagamento de salários aos seus empregados, mas não recolhido à Fazenda Nacional. Certidões de Dívidas Ativas que demonstram a legitimidade da pretensão da União. Sentença de procedência. Pleito recursal do Ministério Público que não entende cabível a restituição. Irrelevância da tese de que não houve arrecadação dos referidos valores pela falida. Valor que deve ser restituído, independentemente da arrecadação. Súmula nº417/STF e arts. 85 e 86 da Lei Falimentar. Precedentes das Câmaras Reservadas deste Egrégio Tribunal. Sentença Mantida. Apelo Desprovido.

Vistos.

Cuida-se de pedido de restituição e habilitação de crédito que a União (Fazenda Nacional) move em face de Massa Falida Comercial Petit Bebê Ltda. (falência decretada em 14.09.2012 — fls.28), em razão de a falida ter promovido as retenções (na fonte) das parcelas devidas por seus funcionários e terceiros (contribuintes) a título de contribuições previdenciárias e/ou imposto de renda, mas ter deixado de fazer o repasse (recolhimento) aos cofres públicos, apropriando-se indevidamente destas quantias, legitimando a Fazenda Nacional para formular esse pedido. Pleiteia a restituição dos valores retidos (descontados e não recolhidos) e dos seus respectivos juros; a habilitação de crédito (com a consequente inclusão no quadro geral de credores na classe dos créditos tributários) da parcela relativa ao encargo legal (Decreto-Lei 1.025/69 — 20%, que tem o duplo objetivo de substituir os honorários advocatícios e custear a cobrança administrativa e judicial do débito fiscal) e habilitação (com a consequente inclusão no quadro geral de credores na

classe dos subquirografários) da parcela relativa à multa (fls.02/05). Juntou documentos (fls.06/27).

O Juízo Monocrático julgou procedente o pedido de restituição e determinou a restituição da quantia de R\$6.703,31, bem como a inclusão no quadro geral dos credores dos valores: 1 — crédito quirografário, na monta de R\$1.546,63 e 2 — crédito subquirografário no valor de R\$1.029,84 (fls.47/49).

Irresignado apela o Ministério Público. Sustenta que não é cabível o pedido de restituição, vez que no caso em comento não houve arrecadação de numerário, de sorte que inexiste o objeto da restituição e assim, nos termos do art. 89 da Lei 11.101/05 (tendo em vista que não é cabível o pedido de restituição) é possível a inclusão do crédito como habilitação de crédito, entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina. Pleiteia a reforma reconhecendo não se tratar de pedido de restituição (fls.54/57).

Recurso de apelação tempestivo, recebido (fls.58) e contrariado (fls.61/66; 70/73; 77/80).

É o relatório.

Voto.

A apelação não merece provimento.

Pretende o apelante, Ministério Público, não ser cabível o pedido de restituição nos autos em testilha, vez que não houve arrecadação de numerário e desse modo, inexiste o objeto da restituição e lastreado no art. 89 da Lei 11.101/05 assevera ser possível a inclusão como habilitação de crédito, segundo entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina, pretendendo a reforma para que se reconheça não se tratar de pedido de restituição.

A administradora judicial da Massa Falida já havia informado que não foi arrecadado qualquer valor pertencente à União

Federal, muito menos valores em poder da falida no momento da quebra (fls.33/35; 63).

A União Federal, por seu turno, alude que postulou a restituição de valores que a título de pagamento de imposto de renda foram descontados pela falida dos salários de seus empregados e fornecedores, deixando de ser recolhidos aos cofres públicos (situação que se amolda à hipótese prevista na Súmula 417/STF¹), pedido de natureza reivindicatória, em que a falida exerceu o papel de mera depositária de tais impostos (sendo tais valores descontados para serem entregues à União), sendo certo que o procedimento adotado caracteriza o delito de apropriação indébita (fls.71-vº).

Assevera também ser possível a restituição sem arrecadação, posto que além de o administrador judicial não ter provado a ausência de bens ou valores arrecadados (a negativa ao pedido de restituição não pode se basear na mera alegação), a atual jurisprudência deste Tribunal Bandeirante é assente no sentido de que a falta de arrecadação não é óbice ao deferimento do pedido de restituição (fls.72), e, desse modo, não há motivos para a reforma da decisão que deferiu o pedido de restituição.

Defende a União, ainda, que os juros nada mais são do que o ganho de capital que deixou de ser auferido pelo credor se dispusesse do valor que lhe pertencia, não havendo razão para a reforma da decisão que deferiu o pedido de restituição.

Com efeito, o magistrado singelo acertadamente pontuou em sua sentença que *“Não obstante não tenha havido arrecadação de valores, a súmula 417 do STF autoriza a restituição de tributos descontados de salários de funcionários e não repassados aos cofres públicos”* (fls.47).

Assim, os bens que não integram o patrimônio do devedor (no caso em testilha, a Massa Falida) não podem ser liquidados

¹ “Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade”.

para a satisfação dos credores, sendo o pedido de restituição, que impõe um privilégio no recebimento dos valores sobre os demais credores (credores extraconcursais) o meio procedimental adequado de destacá-los da massa arrecadada.

Observo que a União Federal instruiu o feito com as respectivas certidões de dívida ativa (fls.09/27), prova que não foi elidida pela Massa Falida (fls.33/35).

Insta salientar que os valores descontados pelo empregador (quando do pagamento dos salários de seus empregados) relativos ao imposto de renda, são pertencentes ao Fisco.

Anote-se que o fato de não ter havido arrecadação de numerário é irrelevante, eis que, repise-se, o empregador é “mero depositário” e tem a obrigação de verter ao Fisco o pagamento da contribuição descontada.

Diante do quadro apresentado nestes autos, tais valores, uma vez descontados, certamente tiveram outra destinação (convertidos em créditos ou bens), “dinheiro” que se encontrava em seu poder por ocasião da quebra (hipótese em que o art. 85 da Lei 11.101/05 também autoriza a restituição), não se afinando com o princípio da lógica do razoável a negativa da restituição em prol da massa (universalidade de credores), o que defluiria em enriquecimento sem causa.

Desse modo, o pedido de restituição encontra amparo no disposto dos artigos 85 e 86 da Lei 11.101/05 e na Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal.

Nessa cadência, precedentes contemporâneos deste Egrégio Tribunal Bandeirante:

FALÊNCIA. Pedido de restituição de contribuição previdenciária e/ou imposto de renda que, retidos na fonte, não foram recolhidos à Fazenda Nacional. Valores decotados da verba salarial no momento do

pagamento. Irrelevância da tese de que os valores não foram arrecadados pela Massa Falida. Restituição devida. Aplicação dos arts. 85 e 86, I, da Lei 1.101/205. Inteligência do verbete nº 417 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Valor que deve ser atualizado até a data da decretação da falência, com aplicação do art. 9º, I, da lei de regência. Falência. Classificação do crédito de titularidade da União Federal, relativo a encargo legal previsto no art. 1º do Dec. Lei 1.025/69, como quirografário. Pretensão à classificação como privilegiado. Impossibilidade. O encargo legal não ostenta natureza de tributo, considerando sua finalidade, que é o ressarcimento de honorários advocatícios e despesas com a arrecadação da dívida ativa. Precedentes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial desta Corte. Recurso parcialmente provido, com observação² (nosso grifo).

FALÊNCIA. Pedido de restituição de tributo retido na fonte pela falida quando dos pagamentos feitos a seus empregados e não recolhido à Fazenda Nacional. Irrelevância da tese de que não houve arrecadação dos referidos valores pela falida. Dinheiro que, ainda que convertido em outros bens pela devedora, se encontrava em seu poder por ocasião da quebra, hipótese em que o art. 85 da Lei nº 11.101/05 também autoriza a restituição. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. União Federal (Fazenda Nacional). Inclusão do encargo legal previsto no art. 1º, do DL 1.025/69 na classe dos créditos quirografários. Entendimento consolidado do C. STJ a respeito da prerrogativa dos Tribunais de Justiça dos Estados em decidir acerca da classe em que tais créditos devem ser incluídos. Jurisprudência desta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial no sentido da ausência de natureza tributária do referido encargo, sendo de rigor sua inclusão no quadro geral de credores como crédito quirografário. Recurso parcialmente provido³ (nosso grifo).

Por fim, em que pese o fato de que “no período próximo a falência da Petit Bebe, seus empregados ficaram um bom período sem receberem seus salários” (fls.65), o que é realmente muito triste, não há como “mitigar” ou “minguar” o caráter absoluto do crédito da União e sua importância na ordem social, que se utiliza do Fisco para suprir a

² TJ/SP — 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC nº 0009380-87.2013.8.26.0100, rel. Araldo Telles, j. 25.07.2014.

³ TJ/SP — 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AC nº 050280-83.2011.8.26.0100, rel. Francisco Loureiro, j. 15.05.2014.

necessidade dos cidadãos (construção de escolas, hospitais etc.), visando o bem comum, o bem coletivo (bem coletivo é mais importante que bem individual).

John Rawls asseverava que “As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: elas devem ser: (a) para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade; e (b) ligados a cargos e posições abertos a todos sob condições de justa igualdade de oportunidade”⁵, sendo certo que a desigualdade só seria aceitável a partir do momento em que todos dispõem dos bens sociais primários, que podemos entender como saúde, educação, moradia e alimentação em um mínimo aceitável, que pode variar de acordo com o grau de opulência, ou de miséria, da sociedade.

Vivemos em um país de muita desigualdade social e econômica. Nosso governo federal (nos últimos doze anos) vem travando uma luta para alijar a miséria e a fome conseguindo resultados positivos muito expressivos, que serão ainda maiores quando a ética se tornar *práxis* e não meramente retórica, quando o cidadão brasileiro compreender que o devido pagamento de seus impostos é que alimenta a máquina do Estado, deixando de sonegar, sentindo-se partícipe dessa transformação social.

Nesse giro verbal, não há como “mitigar” ou “minguar” o caráter absoluto do crédito da União e sua importância na ordem social.

Nessa linha a r. sentença deve ser mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir para o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo.

RAMON MATEO JUNIOR
Relator

⁵ Rawls, CP [1982], p. 362.