

AUTOS N. 1013/2007
EMBARGOS À EXECUÇÃO
COMARCA DE LONDRINA
8ª VARA CÍVEL

Vistos.

Trata-se de embargos do devedor opostos por **Natingui Artigos Infantis Ltda** e **Fabiana Machado Vieira** em face de execução fiscal que lhe move a **Fazenda Pública do Estado do Paraná**

Alegam, em resumida síntese, o seguinte: a) nulidade dos autos de infração que originaram o crédito tributário, haja vista a omissão da descrição da penalidade aplicável. Ainda, seriam nulos os AIs em razão de se ter arbitrado a base de cálculo do ICMS sem a devida motivação, valendo-se a autoridade fiscal de informações de terceiros e de documentos inidôneos para tanto; b) o crédito constituído e inscrito em dívida ativa não gozaria de exigibilidade, pois os representantes legais da empresa embargante não foram regularmente intimados das autuações fiscais, sendo nulas as intimações veiculadas por edital; c) a citação realizada por edital no processo de execução é nula, visto que não esgotadas as tentativas de localização dos representantes legais da empresa; d) não tendo sido nomeado curador especial após a citação por edital, nulos seriam também os atos realizados na execução; e) houve prescrição, pois a citação inválida realizada por edital não teve o condão de interrompê-la, seja com relação à empresa contribuinte, seja no que diz com sua sócia; f) a decisão que deferiu o redirecionamento da execução em face da representante legal da primeira embargante seria nula por falta de motivação; f) a penhora teria recaído sobre imóvel de terceiro (recebido em herança pelo marido da segunda embargante), que serve de moradia a uma das sócias da empresa; g) não estariam presentes os requisitos para a desconsideração

da pessoa jurídica, por isso que no polo passivo da execução deve figurar apenas a sociedade empresária devedora; e h) a multa aplicada não pode subsistir, eis que abusiva e confiscatória. Pede sejam os embargos acolhidos para extinguir a execução fiscal.

Juntaram documentos (fls. 53-269).

Instada, a Fazenda Estadual impugnou os embargos (fls. 273-299). Diz serem eles intempestivos. Alega que os autos de infração lavrados observaram o trâmite legal. Nega arbitrariedade na fixação da base de cálculo do imposto e na aplicação da multa tributária. Assevera que a citação por edital é válida, eis que foram esgotados todos os meios de localização da embargante. Aduz ainda ser legítima a inclusão no pólo passivo da sócia da empresa, uma vez que a dissolução desta se deu de forma irregular. Por fim, defende a razoabilidade da pena aplicada. Bate-se pela rejeição dos embargos.

As embargantes, intimadas, manifestaram-se acerca da impugnação (fls. 524-547).

Instadas a especificar provas (fls. 548), as embargantes requereram perícia contábil (fls. 551-554).

Saneando o processo (fls. 565-566), este Juízo afastou a preliminar de intempestividade dos embargos e deferiu o pedido de produção da prova pericial.

Não recolhidos os honorários periciais pelas embargantes (fls. 589), vieram conclusos.

Relatei. Decido.

1. Cabível o julgamento antecipado dos embargos. A única prova pertinente para o esclarecimento dos pontos controvertidos era a perícia contábil, cuja realização restou frustrada pela inércia das embargantes em recolher os honorários devidos ao perito (fls. 589). Só resta assim julgar a causa, aplicando o direito à espécie.

2. Os autos de infração questionados não padecem dos vícios que lhes atribuem as embargantes.

A autoridade tributária que os lavrou cuidou de mencionar a infração cometida pela empresa autuada - deixar de emitir documento fiscal em relação às operações tributadas (fls. 54, fls. 149 e fls. 206) -, bem como a penalidade a que aquela se achava sujeita. O fato de se aludir nos autos de infração tão-só ao fundamento legal da multa não macula, por si só, o ato. Primeiro, porque é de presumir-se a ciência do que se contém na lei (***ignorantia legis neminen excusat***); e segundo, porquanto o próprio montante da multa aplicada constou dos autos de infração. Logo, não se pode dizer tenha disso decorrido qualquer prejuízo à defesa das embargantes.

3. Alega-se que o arbitramento da base de cálculo do imposto fez-se à luz de documentos e informações inidôneos. Pretende-se daí a declaração de nulidade do lançamento.

O argumento não procede. Verificando haver divergência entre as notas fiscais e os valores dos faturamentos informados ao Shopping Catuaí pelas embargantes, o agente fiscal procedeu ao arbitramento da base de cálculo. E assim o fez com base no art. 148 do CTN, certo que restou caracterizada a inidoneidade da documentação apresentada pela contribuinte.

Ademais, para esse mister, a fiscalização se pautou nos informes de faturamento prestados pela própria contribuinte ao Shopping, bem assim em documentos ("pedidos" e notas de venda) recolhidos no seu estabelecimento. Tal motivação, ainda que sucinta, restou consignada nos autos de infração.

Registre-se que não há exigência na lei de que a apresentação de documentos à fiscalização tributária seja feita apenas pelo representante legal da empresa fiscalizada. Os prepostos dessa podem perfeitamente prestar informações e franquear a análise de arquivos contábeis ao agente fiscal, não

se exigindo para isso que estejam autorizados por escrito (CC, art. 1.178, caput).

Chama a atenção, de outro lado, o fato de as embargantes não terem mencionado na inicial o valor da base de cálculo que reputam correto, exibindo, com os embargos, as notas fiscais representativas do real faturamento da empresa. Mais que isso, facultada a produção da perícia contábil capaz de provar a alegada incorreção do arbitramento feito nos autos de infração, as embargantes não se dignaram nem mesmo a recolher os honorários periciais (vide certidão de fls. 389). Aplicável ao caso, portanto, o ensinamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: *“O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (...)”* (*in* Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1.997, p. 614).

4. As embargantes aduzem que a notificação por edital realizada nos PAF é nula, já que conhecido o seu endereço.

Uma vez mais, sem razão. A embargante Fabiana Machado Vieira foi cientificada das autuações (fls. 195, fls. 259 e fls. 383). Posteriormente, exauridos o prazo (30 dias) de impugnação administrativa, proferiram-se as decisões que convalidaram a ação fiscal e constituíram o crédito tributário. Expedidas cartas de notificação da contribuinte para o endereço constante do cadastro mantido na Secretária de Fazenda, os ARs, após três tentativas de localização da representante legal da empresa, retornaram com informação “ausente” (fls. 199 e fls. 264).

Sendo assim, só restava à Fazenda proceder à notificação por edital, visto que a tanto estava autorizada pela lei (Lei n. 11.580/1996, art. 56, V, letra “a”, n. 2).

5. Questiona-se a validade da citação por edital realizada no processo de execução.

É importante ressaltar, desde logo, que somente foi citada por edital a sócia Fabiana Machado Vieira. A executada Natinguí Artigos Infantis Ltda foi regularmente citada por carta remetida ao seu estabelecimento, e ali recebida em 26.5.2000 por uma sua preposta (fls. 19v do apenso).

Pois bem, antes de examinar a regularidade da citação por edital da segunda embargante, há uma questão prévia - também suscitada na petição de embargos - cuja análise lhe é prejudicial: saber se válida ou não a decisão que, desconsiderando a separação patrimonial e jurídica entre a sociedade contribuinte e seus sócios, determinou a inclusão destes no polo passivo da execução.

5.1. De fato, os autos dão conta de que, frustrado o cumprimento do mandado de penhora dos bens da empresa, a Fazenda Estadual requereu a citação, na qualidade de responsáveis tributários, das sócias Ana Olympia Velloso Marcondes e Fabiana Machado Vieira (fls. 29-31 dos autos em apenso).

O requerimento de desconsideração da pessoa jurídica foi apreciado por decisão assim vazada: "*J. Defiro a inclusão requerida, feitas as anotações necessárias. Citem-se com as cautelas e advertências legais. Em 09/07/2001*". (fls. 29).

Com o devido respeito, entendo que a decisão questionada ressent-se de nulidade absoluta, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. É que o MM. Juiz não declinou as razões de fato e de direito pelas quais entendia presentes os requisitos autorizadores do redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios. Noutras palavras, não apontou os fundamentos que justificavam a aplicação da teoria da **disregard doctrine**.

Em hipótese análoga à dos autos, assim decidiu o em. Desembargador Hayton Lee Swain Filho:

"Pois bem, com razão à parte recorrente ao alegar a falta de **fundamentação** da decisão agravada (fl. 04, 1º

parágrafo), eis que da análise do traslado, realmente, é forçoso reconhecer que o pronunciamento judicial atacado revelou-se falho, pois deixou o douto Magistrado de apontar os motivos que formaram a sua convicção para deferir o pedido da parte credora encartado às fls. 95/101-TJ, de **desconsideração** da personalidade jurídica da empresa interessada, com citação da pessoa de seus sócios para figurarem no pólo passivo do feito executivo. Aliás, não passa despercebido que a decisão agravada limitou-se a constar "Como requer. Anotações necessárias. Citem-se na forma almejada. Intimem-se", deixando de abordar os requisitos necessários à aplicação da teoria da, emergindo daí a sua **nulidade absoluta**, por ausência de **fundamentação**. Sobre o tema, assim orienta o STJ: 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - SENTENÇA ANULADA - AUSÊNCIA DE **FUNDAMENTAÇÃO** - RECONHECIMENTO - **NULIDADE** - OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - DESPROVIMENTO. 1 - A decisão judicial que não apresenta a necessária motivação, por deixar de explicitar o Direito e os fatos determinantes da convicção do julgador, mesmo que sucintamente, afronta o devido processo legal - garantia do Estado Democrático de Direito -, a par de acarretar o cerceamento de defesa dos litigantes, por impedir o embasamento de eventuais recursos...' (AgRg no REsp 517.871/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI. DJ 15.08.2005 p. 319)" (decisão monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 503.481-7, 19.6.2008, DJ 7642).

Assim, declaro a nulidade absoluta da decisão que deferiu o pedido de inclusão das sócias no polo passivo do executivo fiscal.

Como sequência, devem reputar-se nulos e de nenhum efeito todos os atos processuais subsequentes que dependiam da decisão (nula) que deferiu a inclusão das sócias no polo passivo da execução. É o que dispõe o art. 248, primeira parte, do CPC. Logo, declaro a nulidade da citação por edital da segunda embargante e da penhora incidente sobre os imóveis a elas pertencentes.

5.2. Não obstante, não há como reconhecer a prescrição intercorrente. Proposta a execução fiscal em 26.4.2000, a Fazenda Estadual, tão logo ciente de que a empresa

contribuinte encerrara de forma irregular suas atividades (vide certidão do oficial de justiça de fls. 28 do apenso), peticionou a este Juízo em 27.6.2001, requerendo a responsabilização das sócias-gerentes (fls. 29-31).

Foi então que se proferiu, em 9.7.2001, a decisão que acolheu esse requerimento - e cuja nulidade por falta de motivação ora se está a declarar.

Ora, se o Estado foi diligente em pleitear o redirecionamento da execução fiscal antes da consumação da prescrição, não pode ele ser penalizado pelo erro do Judiciário, que proferiu decisão nula para deferir esse requerimento. O que importa é que o credor não se fez inerte em qualquer momento no curso da execução. E sem inércia não pode ter curso o prazo prescricional.

De sorte que a declaração de nulidade da decisão de fls. 29 dos autos do executivo fiscal, bem como da citação por edital das sócias e da penhora de seus bens não impedirá a renovação desses atos naquele processo.

6. Por fim, sustentam as embargantes que a multa cobrada no percentual de 30% do valor do bem teria efeito confiscatório.

Examinemos a questão.

Dispõe, a propósito, o art. 55, § 1º, inciso VI, letra "a", da Lei Estadual n. 11.580/1996:

Art. 55. Os infratores à legislação do ICMS ficam sujeitos às seguintes penalidades:

I - multa;

(omissis).

§ 1º Ficam sujeitos às seguintes multas os que cometerem as infrações descritas nos respectivos incisos:

VI - equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do bem ou serviço, ao sujeito passivo que:

a) deixar de emitir ou entregar documento fiscal em relação a bem, mercadoria ou serviço em operação ou prestação tributada, inclusive sujeitas ao regime de substituição tributária concomitante ou subsequente" (grifei).

Considero que, tal como defendem as embargantes, a norma ofende o princípio constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, inciso IV).

Primeiramente, impõe-se afastar o argumento de que a vedação constitucional ao confisco limitar-se-ia aos tributos, não alcançando as multas.

De fato, conceitualmente tributo não se confunde com multa à luz do Código Tributário Nacional. Enquanto o primeiro é identificado como prestação pecuniária que não constitua sanção por ato ilícito (CTN, art. 3º), a segunda tem por pressuposto justamente a infração a alguma obrigação principal ou acessória (CTN, art. 113 e §§, c/c o art. 115).

Todavia, não creio que a interpretação meramente literal satisfaça o propósito da norma constitucional. Há mais de cem anos, Marshall advertiu, em *Mc Culloch vs. Madison*, que não se deve esquecer que é uma Constituição que se está a interpretar: “we must never forget that it is a Constitution we are expounding” (*Complete Constitutional Decisions*, 1903, p. 265).

Ora, ao vedar o constituinte a utilização de tributo com efeito de confisco, o que se quis foi preservar o núcleo essencial do direito de propriedade. Direto esse que não pode ser aniquilado seja pela instituição de tributo **stricto sensu**, seja pela imposição de penalidade pecuniária decorrente do descumprimento de obrigações de natureza tributária em **quantum** que se afigure desarrazoado. Colhe-se do magistério de Ricardo Lobo Torres:

“A relação entre o direito de propriedade e o direito tributário é dialética. A propriedade privada fornece o substrato por excelência para a tributação, já que esta significa sempre a intervenção estatal no patrimônio do contribuinte. Mas está protegida qualitativa e quantitativamente contra o tributo: não pode ser objeto de incidência fiscal discriminatória, vedada pela proibição de privilégio (art. 150, II); nem pode sofrer

imposição exagerada que implique na sua extinção, em vista da proibição de confisco (art. 150, IV).

A vedação de tributo confiscatório, que erige o ***status negativus libertatis***, se expressa em cláusula aberta ou conceito indeterminado. Inexiste possibilidade prévia de fixar os limites quantitativos para a cobrança, além dos quais se caracterizaria o confisco, cabendo ao critério prudente do juiz tal aferição, que deverá se pautar pela razoabilidade" (Curso de Direito Financeiro e Tributário, Renovar, 2ªed., 1995, pág. 56).

O controle de constitucionalidade das leis que instituem multas tributárias em montante confiscatório é admitido pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se excerto da ementa da ADI n. 1075-MC/DF, relatada pelo Min. Celso de Mello: **"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 essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais".**

No caso concreto, o efeito confiscatório parece-me evidente. A multa imposta à contribuinte, com fundamento na norma impugnada, foi de 30% do valor bruto das notas fiscais - e não de 30% sobre o imposto devido, como tem tolerado o STF (v.g., RE n. 220.284-SP). Isso significa, ao fim e ao cabo, que o percentual da penalidade foi de mais de 200% do

ICMS não recolhido, montante que reputo notoriamente desproporcional e, pois, confiscatório.

Daí não se conclua, entretanto, ser a multa descabida. Verificado o excesso, cumpre ao Judiciário limitá-la a montante que se adeque à regra constitucional.

De sorte que reduzo a multa ao valor equivalente a 30% do imposto não recolhido.

7. Do exposto, **JULGO PROCEDENTES EM PARTE** os embargos opostos, para os seguintes fins: a) declarar a nulidade absoluta da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da empresa executada e determinou a inclusão da sócia-gerente Fabiana Machado Vieira no polo passivo, ficando sem efeito tanto a sua citação por edital como a penhora incidente sobre seus bens; e b) no que tange às CDAs originadas dos autos de infração, limito a multa a 30% do valor do imposto não recolhido. Os demais pedidos formulados na petição dos embargos ficam rejeitados.

Ressalvo que, mantida esta decisão pelo eg. Tribunal, nada impedirá a reapreciação do pedido de fls. 29-31 formulado pela Fazenda nos autos da execução fiscal, com posterior citação e penhora de bens dos sócios que eventualmente vierem a ser considerados responsáveis tributários.

Processo resolvido com exame de mérito (CPC, art. 269, I).

Torno sem efeito a penhora.

Pela sucumbência recíproca, imponho às embargantes a obrigação de pagar 50% das custas e despesas do processo (a Fazenda Estadual não está sujeita, por força de lei, ao recolhimento de custas). Cada parte pagará os honorários de seus respectivos advogados.

Escoado o prazo para interposição de recurso voluntário, subam ao eg. Tribunal para o reexame necessário.

P.R.I.

Londrina, 20 de janeiro de 2010.