**MODELO DE PETIÇÃO**

**EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS DOS SÓCIOS. EXECUÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR**

Rénan Kfuri Lopes

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara de ..., Seção Judiciária do Estado de ...

Distribuir por dependência à execução fiscal n.º ...

(nome, qualificação, endereço e CPF), por seu advogado *in fine* assinado, vem respeitosamente, opor os presentes EMBARGOS DO DEVEDOR em face da UNIÃO, com supedâneo no artigo 16, inciso III, da Lei n.º 6.830/80[[1]](#footnote-1), ante as razões de fato e de Direito adiante articuladas:

I – FATOS

1. Tendo como título a inclusa Certidão de Dívida Ativa n.º ..., ajuizou a União a execução fiscal apensa, colimando haver crédito tributário relativo à contribuição social para o Programa de Integração Social (PIS), relativo às competências de ... a ... de ..., acrescido de juros de mora calculados com base na taxa SELIC, multa punitiva e do encargo predicado no Decreto-lei n.º 1.025/69 e suas posteriores alterações.

2. Uma vez realizada a garantia do juízo através da penhora levada a efeito, objetiva o Embargante demonstrar e provar que a referida ação executiva fiscal não tem condão de propiciar o almejado crédito, consoante passará a ser sobejamente demonstrado adiante:

II – PRELIMINARMENTE

II.1 – NULIDADE DA PENHORA

3. Antes de mais nada cumpre seja analisada a legalidade do procedimento de impulso do processo de execução, tal como levado a efeito no caso presente.

4. Com efeito, mostra-se adequado o uso destes embargos do devedor para fins de desconstituição do ato constritivo, porquanto cediço, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, que, uma vez realizada a penhora, em sede de embargos é que o executado deverá propugnar a sua nulidade.

5. Eis o magistério de Arnaldo Marmitt, citando Sérgio Sahione Fadel: “*A nulidade da execução, até a penhora, pressupõe falta ou nulidade da citação, ou a nulidade da mesma penhora, ou porque, ao deferi-la, o juiz postergou o direito do executado embargante à nomeação conforme a gradação legal, ou porque recaiu em bem diverso do indicado e aceito, ou em bem impenhorável ou inalienável, ou por qualquer outro motivo. Em todos os casos, a matéria é deduzível em embargos à penhora (SÉRGIO S. FADEL – Comentários ao CPC – IV/129)”...omissis...Em síntese, pois, o caminho apropriado para buscar a desconstituição de penhora é o dos embargos à execução, sem preclusividade para o juízo. É lícito ao magistrado, quando examinar ditos embargos, ou em qualquer outra oportunidade, revogar decisão anterior, que mandou recaísse a penhora sobre determinado bem. Para decretar a insubsistência de constrição viciada, não está sujeito o juiz aos imperativos do instituto da preclusão*.” (*in* A penhora: doutrina e jurisprudência. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 448/449).

6. Assim, verificando o Embargante que se mostra improsperável a subsistência da penhora realizada *in casu*, colima, então, ver reconhecida a flagrante nulidade daquele ato.

7. De fato, no momento em que procedida a citação do Embargante (certidão de fl. ...), havia parcelamento em curso, ensejando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inciso VI, do CTN). Retomando o curso da execução, a União simplesmente requereu o bloqueio de ativos financeiros (penhora *online* – Bacenjud) em nome do Embargante, cujo pedido restou acolhido pela respeitável decisão de fl. ...

8. Referido procedimento não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se permitiu que o Embargante pudesse indicar à penhora bens livres e desembaraçados do devedor, conforme benefício de ordem facultado pelo artigo 4º, § 3º, da Lei n.º 6.830/80:

“*Art. 4.º A execução fiscal poderá ser promovida contra:*

*...omissis*

*V – responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias, ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado.*

*§ 3.º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indiadas no § 1.º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos a execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida*.” (g.n.)

9. Como se vê, a responsabilidade pela satisfação da obrigação tributária incumbe, primeiramente, ao devedor principal; apenas verificando-se a real impossibilidade de cumprimento da exação pela pessoas jurídica, atrelado ao preenchimento das condições de responsabilidade acometida ao administrador, é que a penhora poderá alcançar os bens integrantes do universo patrimonial particular do responsável, consoante, aliás, já julgou o colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“*PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FICAL. DÉBITO DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. PENHORA EFETIVADA EM BENS DO SÓCIO-GERENTE. Ajuizada execução fiscal contra a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a penhora deve recair em bens do seu patrimônio; só depois de comprovado que ela não tem bens suficientes para o adimplemento da obrigação pode o processo ser redirecionado contra o sócio gerente, hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa. Recurso especial não conhecido*.” (g.n.) (REsp. n.º36.543/SP; 2.ª Turma; Rel. Min. Ari Pargendler; julgamento em 17/09/1996; DJU de 14/10/1996).

10. Ademais, também não foram realizadas diligências para a localização de bens no caso em apreço, negando-se vigência ao que dispõe o artigo 185-A do Código Tributário Nacional:

“*Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens á penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial*.”

11. Acontece, porém, que o devedor – ...., processo n.º ..., em trâmite perante a ...ª Vara Civil da Comarca de ... – reúne condições plenas de satisfazer a obrigação inserta no titulo executivo (prestação de contas anexa), possuindo ativos financeiros líquidos para solver todos os créditos de titularidade da União, afigurando-se inadmissível, por violação à garantia constitucional do direito à propriedade, a expropriação de bens do Embargante.

12. Também assim a jurisprudência:

“*AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO. ART. 620 DO CPC. BLOQUEIO DE ATIVOS POR MEIO DO BACENJUD. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-COMPROVAÇÃO DE DILIGÊNCIAS À LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. 1. A execução deve realizar-se pelo modo menos gravoso à parte executada (CPC, art. 620). O bloqueio de importância em dinheiro, por meio do sistema BACENJUD, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis no sentido de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada. Precedentes deste Tribunal.*

*2. Não demonstrados os esforços do exequente em diligenciar a localização do outros bens passíveis de penhora, a fim de garantir a dívida exequenda, correta a decisão recorrida que indeferiu o pedido de bloqueio de dinheiro.*

*3. Agravo regimental improvido*”. (AGA 2006.01.00.043328-9/BA; 8ª Turma; Leomar Barros Amorim de Sousa; julgamento em 26/08/2008; DJ de 26/09/2008).

13. Como se vê, o feito executivo foi processado pelo modo mais gravoso ao executado, contrariando o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil, porque “*quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor*”.

14. Daí exsurge, pois, a manifesta impertinência da constrição efetivada, razão pela qual se impõe o reconhecimento da procedência desta ação cognitiva incidental para o fim de desconstituí-la, cominando-se à Embargada todos os ônus emanados da sucumbência.

III – MÉRITO

15. Conquanto insubsistente a penhora, em razão do princípio da eventualidade, o Embargante tem mais a aduzir.

III.1 DECADÊNCIA

16. A intimação do Embargante sobre a definitividade da constituição do crédito pretendido neste feito teria supostamente ocorrido em ..., houve intervalo superior a 05 (cinco) anos, razão pela qual se operou, de forma plena, a decadência do direito ao lançamento relativamente àquele período, na esteira do que estabelece o artigo 150, parágrafo 4.º, do Código Tributário Nacional:

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

*(...)*

*§ 4 – Se a lei não ficar prazo para homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”.

17. Desta forma, como o lançamento em questão só faz surtir seus regulares efeitos a partir da notificação do sujeito passivo (...), atrelado à clareza da disposição insculpida no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, não resta dúvida quanto a verificação da decadência do direito de lançar a contribuição ao PIS hipoteticamente devida há mais de 5 (cinco) anos daquela data, *in casu*, ... a ... de ...

18. Nesta diapasão, o entendimento cristalizado na Súmula n.º 108 do extinto TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS: “*A constituição do crédito previdenciário está sujeita ao prazo de decadência de 5 (cinco) anos*”.

19. Isto porque, nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação – como é o caso da contribuição do PIS - , o sujeito passivo faz o prévio enquadramento da matéria tributável e antecipa a apuração da exação, passando a autoridade administrativa competente a dispor do prazo de 5 (cinco) anos para homologar ou revisar o procedimento adotado. Uma vez decorrido este lapso, o Código Tributário Nacional, por força do que dispõe o artigo 150, § 4.º, estabelece textualmente que “*considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito*”.

20. Assim a jurisprudência do egrégio CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA:

8ª Câmara

Processo n.º 10530.001945/99-17

“*DECADÊNCIA – PRAZO DE 5 ANOS PARA LANÇAR – O prazo para lançamento de IRPJ, COFINS, PIS, CLS e IRRFonte é de 5 anos a contar do fato gerador, nos termos do art. 150, §4.º, do CTN.*

*Preliminar acolhida*”.

7ª Câmara

Processo: 10980.008498/98-85

“*PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – PIS/REPIQUE – O direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário extingue-se após cinco anos contados da data do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN*”.

Quinta Câmara

Processo: 10768.004298/93-27

“*DECADÊNCIA – Dado o caráter tributário da contribuição, pois embora o PIS não tenha natureza de imposto, nem de taxa, é um tributo, da espécie contribuição social, com todas as características apontadas no art. 3º do CTN, o direito de constituir o crédito tributário decai no prazo de 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador*”.

21. Destarte, emerge cristalina a decadência do pretenso crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos anteriormente a ..., de vez que o Fisco deixou de ultimar as medidas necessárias à delimitação do seu direito dentro do prazo estabelecido em lei.

III.2 PRESCRIÇÃO

22. Malgrado o Embargante tenha para si que incide na hipótese o instituto da decadência, já que o lançamento é ato da competência privativa da autoridade administrativa, é possível divisar que o almejado crédito tributário encontra-se prescrito.

23. De fato, conforme revela a Certidão da Dívida Ativa, a obrigação almejada tem origem em declaração entregue pela pessoa jurídica executada (...). Em tais casos, entende-se dispensável a prática do lançamento por parte da autoridade administrativa, uma vez que definitivamente constituída a obrigação por ato do próprio sujeito passivo, começando a fluir neste momento o prazo prescricional.

24. Desta sorte, efetivada a citação do ora Embargante em ... (certidão de fl. ...), há muito se encontra prescrito o crédito tributário em tela.

25. Assim já decidiu o colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“*RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INSUFICIÊNCIA DA PENHORA. ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TEO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 174 DO CTN. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. ENTREGA DA DECLARAÇÃO PELO CONTRIBUINTE.*

*1. A insuficiência da penhora não é causa suficiente para determinar a extinção dos embargos do devedor, cumprindo ao magistrado, com o fito de proceder o reforço à luz da sua capacidade econômica e da garantia pétrea do acesso à justiça, máxime quando a Fazenda Pública não se manifestou acerca do bem penhorado para segurança da execução, em atendimento a despacho judicial.*

*2. A possibilidade de substituição dos bens penhorados ou de reforço da penhora, revelam excessivo obstar a admissibilidade dos embargos do devedor ante à insuficiência do valor do bem constrito, máxime porque a expropriação do mesmo garante parcial pagamento e conspira em prol da amplitude da defesa.*

*3. Lavrada a declaração de reconhecimento do débito, via Declaração de Rendimentos, constituindo o crédito tributário, remanesce ao Fisco o prazo quinquenal para a propositura da ação de exigibilidade da exação reconhecida.*

*4. Deveras, o fato de a declaração de débito provir do contribuinte não significa preclusão administrativa para o Fisco impugnar o quantum desconhecido. Isto porque impõem-se distinguir a possibilidade de execução imediata pelo reconhecimento da legalidade do crédito com a situação de o Fisco concordar (homologar) a declaração unilateral do particular, prestada.*

*5. A única declaração unilateral constitutiva ipso jure do crédito tributário á a do Fisco, por força do lançamento compulsório (art. 142 do CTN que assim dispõe: “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 tributária correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor aplicação da penalidade cabível”.*

*6. Prestando o contribuinte informação acerca da efetiva existência do débito, dispõe o Fisco do prazo para realizar o eventual lançamento suplementar, acaso existente saldo, prazo este decadencial, porquanto constitutivo da dívida.*

*7. Quanto a diferença, findo este prazo, para o qual a Fazenda dispõe de cinco anos, inaugura-se o lapso de prescrição para o ajuizamento do respectivo executivo fiscal, visando a cobrança do montante não declarado e objeto de lançamento suplementar, que também obedece ao quinquênio.*

*8. Assim é porque, decorrido o prazo de cinco anos da data da declaração, e não havendo qualquer lançamento de ofício, considera-se que houve aquiescência tácita do Fisco com ralação ao montante declarado pelo contribuinte. Conquanto disponha o Fisco de um quinquênio para efetuar lançamento do débito não declarado, somente conta com cinco anos da data da declaração para cobrar judicialmente o débito declarado na declaração de rendimentos.*

*9. Relativamente ao valor declarado, a própria declaração de débito efetivada pelo contribuinte constitui o crédito tributário, prescindindo de ato de lançamento. Assim, podendo desde logo ser objeto da execução fiscal, tem-se que, nesta hipótese, não há que se falar em decadência, porquanto já constituído o crédito, mas tão-somente em prescrição para o ajuizamento da ação executiva.*

*10. A ausência da notificação revela que o fisco, “em potência” está analisando o quantum indicado pelo contribuinte, cujo montante resta incontroverso como a homologação tácita. Diversa é a situação do contribuinte que paga e o fisco notifica aceitando o valor declarado, iniciando-se, a fortiori, desse termo, a prescrição da ação.*

*11. In casu, tratando-se de tributo sujeito lançamento por homologação, declaro pelo contribuinte através da sua declaração de rendimento em 25/10/1994 e, tendo a recorrente ajuizada a ação de execução em 23/03/2001, revela-se inequívoca a ocorrência da prescrição, posto que opera-se em 5 (cinco) anos o prazo para proceder à homologação ou à revisão da declaração do contribuinte.*

*12. Recurso especial desprovido*”. (REsp. n.º 850321/PE; 1º Turma; Rel. Min. Luiz Fux; julgamento em 11/12/2007; DJ de 03/03/2008).

26. Nota-se que, além de extinguir a ação executiva, a prescrição atinge também o próprio crédito tributário, consoante prescreve o artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional:

“*Art. 156 – Extinguem-se o crédito tributário:*

*[...]*

*V – a prescrição e a decadência*”.

27. Impende notar que a ventilada prescrição fundamenta-se no interesse público envolto à necessidade de se evitar que situações duvidosas ou controvertidas se eternizem sem solução, o que seria prejudicial à boa marcha dos negócios e à própria segurança das relações entre o Estado e os contribuintes.

28. Destarte, como se vê, emerge cristalina a prescrição da presente ação executiva, como também do crédito inserto na Certidão de Dívida Ativa que instrui a peça exordial, porquanto a União deixou de exercer o seu direito dentro do prazo estabelecido em lei.

III.3 AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

29. Cumpre pôr em relevo, de outra face, que igualmente exsurge improfícuo o cômodo redirecionamento do feito executivo para a pessoa do Embargante tal como empreendido na hipótese vertente.

30. Ora, a distinção entre as pessoas física e jurídica – e respectivos acervos patrimoniais – está explicitamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, ao que se infere do enunciado contido no artigo 20 do Código Civil de 1916 (aplicável aos fatos do processo):

“*Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*”.

31. Dentre deste quadro, o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 134, inciso VII, não deixou margem de discussão ao estabelecer:

“*Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*

*(...)*

*VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas*”.

32. Como se vê, está taxativamente escrito: nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento por parte do contribuinte e, ademais, somente nos atos ou omissões de que os sócios sejam responsáveis, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

33. Sobre o tema, adverte o preclaro BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

“*Em todos os casos citados (do art. 134), quem responderá pelo crédito tributário será sempre o devedor originário (sujeito passivo da obrigação tributária). No caso de terceiro, arrolado na lei (como o sócio) intervir em determinado ato ou se omitir no que for responsável, esse terceiro também responderá pelo crédito tributário, embora solidariamente e apenas nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte*”. (*in* Compêndio de Direito Tributário, 3. ed., Rio: Forense, 1995, v. II, n. 24, 7.1, p. 520)

34. Por outro lado, também não resta configurada a hipótese prevista no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, segundo o qual:

“*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:*

*[...]*

*III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado*”.

35. Ora, nada mais compreensível, pois, caso contrário, não haveria o mínimo de segurança jurídica para o cidadão, assumindo os riscos inerentes, explorar a atividade produtiva com sucesso, gerando empregos, promovendo distribuição de renda, recolhendo tributos aos cofres públicos e assim por diante.

36. Daí porque, esta corresponsabilidade consagrada no artigo 135 do CTN está, como delineia o próprio comando legislativo, adstrita à efetiva prática de atos denotadores de abuso de gestão ou de violação da lei. Veja-se que o professor Sacha Calmon Navarro Coelho, comentando o dispositivo em foco, chega mesmo em falar em “*transferência de responsabilidade*”, conforme se detém da seguinte passagem da sua consagrada obra:

“*Em suma, o art. 135 retira a “solidariedade” e a “subsidiariedade” do art. 134. Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para os terceiros, liberando os seus dependentes e representados. A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com manifesta malícia (mala fides) contra aqueles que representam ,toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto*”. (*in* Curso de Direito Tributário Brasileiro. 5.ª ed. – Rio de janeiro: Forense, 2000, pág. 627)

37. Então, quando se pretende executar, como neste caso, o administrador de pessoa jurídica, incumbe ao Fisco previamente demonstrar o ato ilícito que eventualmente tenha sido perpetrado, haja vista que o simples inadimplemento da obrigação tributária não representa, de per se, ato violador da lei ou estatuto social ensejador da responsabilidade dos sócios.

38. Logo, é de se observar que no caso vertente descurou (ou melhor, sequer se dignou) a União de provar a conduta que tornasse o Embargante responsável, ante a falta de recolhimento da contribuição ao PIS alçada à responsabilidade da sociedade ...

39. Sobressalta notar que a responsabilidade dos sócios não é objetiva – haja vista que dolo não se presume – mas subjetiva, fundada em conduta dolosa concreta que deve ser devidamente provada.

40. A jurisprudência do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sinaliza:

“*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.*

*1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas discais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.*

*2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n.º 6.404/76).*

*3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.*

*4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.*

*5. Precedentes desta Corte Superior.*

*6. Recurso provido*”. (STJ. REsp. n.º 308.195/RS. 1ª Turma. Rel. Min. José Delegado. J. Em 24.04.2001, DJU de 25.06.2001, pág. 129).

“*TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE ANÔNIMA E/OU SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO DIRETOR E/OU DO SÓCIO-GERENTE.*

*Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.*

*Recurso especial conhecido, mas improvido*”. (STJ. REsp. n.º 100.739/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Ari Paegendler. J em 19.11.1998. RSTJ 117/287)

“*TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 135, III, CTN.*

*1 – Os bens de sócio da pessoa jurídica comercial não respondem, de forma solidária, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.*

*2 – Recurso especial improvido*”. (STJ. REsp. n.º 230.754/PE. 1ª Turma. Rel. Min. José Delegado. J. em 16.12.1999. DJU de 28.02.2000)

41. Portanto, sendo certo que a falta de pagamento de crédito tributário em tela não decorreu da prática de ato ou omissão de responsabilidade direta do Embargante, exsurge patente a ausência de responsabilidade tributária deste, motivo pelo qual confia que V. Exa. Julgará procedentes os presentes embargos.

III.4 INAPLICABILIDADE DA MULTA SOBRE DÉBITO DE EMPRESA FALIDA

42. Com a devida Vênia, é incabível a aplicação da multa *in casu*, porquanto se trata de débito tributário de sociedade falida – .... -, conforme sentença prolatada pelo douto Juiz da ...ª Vara Civil da Comarca de ... (processo nº ...).

43. Nos termos do inciso III do Parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências).

“*Art. 23. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos.*

*Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:*

*[...]*

*III – as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas*”.

44. Segundo José da Silva Pacheco:

“*As penas pecuniárias a que se refere o art. 23 são as multas do direito penal, do direito administrativo e do direito fiscal. Não se referem às multas ou ‘penas’ do direito civil ou comercial. Nem as previstas para os contratos ou atos, quer de direito privado, quer de direito público. As multas por infração de leis penais, administrativas e fiscais não se incluem na falência, sejam elas quais forem, quer se refiram á Fazenda, ao trânsito, á importação, ao transporte etc*”. (*in* “Processo de Falência e Concordata”, 5ª ed., p. 325).

45. E, na hipótese *sub examine*, consoante se viu está sendo exigido pelo Embargante pena pecuniária – multa – de caráter administrativo, relacionada com infração, cometida pela empresa falida de que era sócio. Portanto, impõe-se, data vênia, a aplicação do inciso III do parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 7.661/45, para o fim de determinar a exclusão da multa de mora aplicada sobre o tributo em preço.

46. Carvalho de Mendonça, doutrinador que liderou a orientação no sentido da exclusão das multas no âmbito falimentar, assim discorreu:

“*A União, o Estado ou a Municipalidade, credores das multas, não podem cobrá-las da massa falida do devedor comum. A pena é pessoal, paga-a o infrator pelos seus bens e não pelos bens reservados à garantia dos credores no momento do desastre financeiro*”. (Pareceres, Falências, I, p. 220, in “Processo de Falência e Concordata”, Silva Pacheco, Ed. Forense, 7ª ed., 1997) (grifos nossos).

47. Nesse compasso, firmou-se a jurisprudência do excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cristalizada no verbete Sumular n.º 565, segundo o qual “*a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência*”.

Mesmo sob a égide da Constituição de 1998, o entendimento subsiste:

“*CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MASSA FALIDA. MULTA FISCAL COM EFEITO DE PENA ADMINISTRATIVA. DL nº 7.661/45, art 23, III.*

*I – Multa fiscal moratória: pena administrativa: sua não inclusão no crédito habilitado em falência. Súmula 565- STF, que não foi alterada pela CF/88.*

*II – Precedentes do STF.*

*III – RE não admitido, Agravo não provido*”. (Ag. Reg. em Ag. In. º209.259-1, AC. Um. Da 2ª T do STF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 27.4.98, DJU de 5.6.98, p. 7, in RDDT 35:218).

48. Assim, no caso sub examine impõe-se a observância do preceito insculpido no inciso III do parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei nº 7.661/45, de forma que se exclua a multa moratória aplicada sobre a contribuição ao PIS apurada pela empresa executada - .... -, o que fica desde já requerido.

49. É o *quantum satis*.

IV – PEDIDO

50. ***Ex positis***, espera o Embargante:

a) sejam os presentes embargos recebidos e devidamente processados, para o fim de que seja, preliminarmente, reconhecida a nulidade da penhora;

b) supletivamente, em razão do princípio da eventualidade, o Embargante requer seja declarada a decadência ou a prescrição do crédito tributário, bem como a ausência dos requisitos para sua responsabilização em face da pretensão executiva.

c) caso não seja este o entendimento, roga seja excluída a multa aplicada *in casu*, condenando-se a Embargada, em qualquer hipótese, ao pagamento das custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações de lei, declarando, finalmente, a insubsistência da penhora;

d) requer, por fim, provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, notadamente pericial e documental, requerendo mais a intimação da Embargada para, querendo, impugnar os presentes embargos; dando-lhes o valor de R$ ... (...).

P. Deferimento.

(Local e data)

 (Assinatura e OAB do Advogado)

1. **Art. 16** - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:(...) **III -** da intimação da penhora. (...) [↑](#footnote-ref-1)