



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

Apelante: Massa Falida de Nordeste Linhas Aéreas S.A.

Apelado: Estado do Rio de Janeiro

Relatora: Des. Flávia Romano de Rezende

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ENVIO DE GIA-ICMS E DECLAN-IPM. SOCIEDADE QUE TEVE A FALÊNCIA DECRETADA EM 2010. AUTUAÇÃO PERPETRADA EM 12/2016, COM BASE NOS FATOS GERADORES OCORRIDOS DE 05/2012 A 05/2015. ERRO DE LANÇAMENTO E DE TIPIFICAÇÃO DEVIDAMENTE AFASTADOS NA MEDIDA EM QUE ENQUANTO NÃO FOR ENCERRADO O PROCESSO FALIMENTAR, A EMPRESA FALIDA E SUA MASSA EXISTEM CONCOMITANTEMENTE. TEMA 702 DO STJ. ART.184 DO CTN. PONDERAÇÃO DE QUE A MULTA APLICADA VIOLE OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NÃO SAI DO CAMPO DAS ALEGAÇÕES, NOTADAMENTE NO QUE SE REFERE À DEMONSTRAÇÃO DE QUE ESTARIA EM DESCOMPASSO COM A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL. ADEMAIS, DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART.133, §3º DO CTN, A MULTA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA SE CONVERTE EM PRINCIPAL. EXCESSO DE EXECUÇÃO POR OFENSA AO DISPOSTO NO ART.124 DA LEI 11.101/05 QUE NÃO PROSPERA POR AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0315522-54.2021.8.19.0001, de que são partes as acima mencionadas – **ACORDAM** os Desembargadores da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por Massa Falida de Nordeste Linhas Aéreas S.A. em face da execução fiscal n.º 0210638-13.2017.8.19.0001, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, na qual, em síntese, alega que o auto de infração se encontra eivado de vícios que maculam, por completo, a sua validade e eficácia.

Afirma que os supostos débitos cartularizados na CDA n.º 2017/115.839-5, decorrentes do descumprimento de obrigações fiscais acessórias, referentes a omissões e atrasos no envio de GIA-ICMS e DECLAN-IPM, autuados em 12/2016 em face de Nordeste Linhas Aéreas S.A. – em recuperação judicial, sociedade que não existe desde 20/08/2010, quando foi decretada a sua falência nos autos do processo falimentar n.º 0260447-16.2010.8.19.0001 pelo Juízo da 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

Em outras palavras, alega que o lançamento foi feito em face de sujeito passivo errado.

Alega, ainda, que houve erro na tipificação na medida em que o enquadramento legal disposto no art.54 da Lei n.º 2.657/96, dispõe que o contribuinte é obrigado a apresentar as declarações em tela, ao passo que a massa falida não consta no rol do art.15 do Livro I do RICMS/RJ, salientando a diferença entre contribuinte e responsável tributário.

Aduz que o auto de infração imputou a multa prevista no art.62-B, I e II, da Lei n.º 2.657/96, com redação da Lei n.º 6.537/2012, o qual não poderia ser aplicado nos exercícios de 2011 e 2012 e aos meses de janeiro a março de 2013, sob pena de violação aos princípios constitucionais da irretroatividade das normas, da legalidade tributária, da anterioridade nonagesimal, já que a lei tributária editada em 18/12/2012, tratando de ICMS, somente entrou em vigor em 18/03/2013.

Sustenta que os valores referentes ao período de 01/2011 a 10/2011 encontram-se, flagrantemente, fulminados pela decadência tributária.

Afirma que a multa aplicada viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

E, por fim, destaca que foram violados os princípios da ampla defesa e do contraditório, posto que não foi oportunizado o direito de defesa, já que o lançamento foi realizado em face de sujeito passivo equivocado e ressalta que por força do disposto no art.124 da Lei n.º 11.101/05, o montante em exigência somente pode ser atualizado até a decretação da falência.

Nestes termos, preliminarmente requer a concessão do efeito suspensivo obstando-se qualquer ato de constrição no patrimônio, sem a prévia comunicação ao juízo falimentar e, ao final, requer que os embargos sejam acolhidos, para obstar a execução fiscal n.º 0210368-13.2017.8.19.0001, em razão da nulidade da CDA, decorrente da nulidade do auto de infração, da flagrante decadência em relação ao período compreendido entre 01/2011 e 10/2011, do desrespeito à razoabilidade e à proporcionalidade e do flagrante cerceamento do direito de defesa.

Decisão suspendendo a tramitação da execução fiscal, indexador 98.

Impugnação ofertada pelo Estado do Rio de Janeiro, indexador 104, onde afirma a regularidade da autuação e da legitimidade da CDA.

Sustenta que de acordo com a Corte Superior de Justiça a decretação de falência não implica em extinção da personalidade jurídica da empresa e que a massa falida não detém personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, sucedendo a pessoa jurídica em todos os direitos e obrigações.

Rechaça a alegação em torno da decadência, afirmando que no caso presente se aplica o entendimento consagrado na Súmula 555 do STJ, de modo que os fatos geradores ocorridos no ano de 2012 poderiam ser constituídos até 31 de dezembro de 2017.

Em relação à multa aplicada, alega que o STJ tem afastado a aplicação do artigo 138 do CTN na hipótese de descumprimento de obrigações acessórias e, salienta que o percentual de multa aplicado atende à norma em vigor, a Lei n.º 2.657/96, com redação dada pela Lei n.º 6.357/12.



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

E, por fim, destaca que os juros vencidos após a decretação da falência somente podem deixar de ser exigidos caso o ativo apurado não seja suficiente para pagar os credores subordinados, conforme se extrai da parte final do artigo 124 da Lei n.º 11.101/2005, sendo que a embargante não acostou nenhum documento demonstrando que o ativo apurado seja insuficiente para adimplir os credores subordinados.

Nestes termos, pugna pela improcedência dos embargos à execução.

Réplica, indexador 126.

Manifestação ministerial pela ausência de interesse em oficiar no feito, indexador 154.

Sentença de improcedência, indexador 164, da qual destacamos o seguinte trecho da sua razão de decidir e da sua parte dispositiva, *verbis*:

“(....)”

Dessa forma, considerando que o auto de infração foi lavrado em 29/11/2016, tendo sido dada ciência a embargante em 07/12/2016, não há que se falar em decadência, pois os fatos geradores considerados para aplicação da multa ocorreram dentro dos cinco anos anteriores a tal data, ou seja, a partir de 31/05/2012.

Rejeitada tal prejudicial, passa-se a analisar o mérito dos embargos.

(...)

A Embargante alega a nulidade do auto de infração por erro quanto ao sujeito passivo autuado, tendo em vista a decretação de sua falência e o direcionamento da execução não ter sido realizado para a massa falida.

Ocorre que o simples fato de não ter sido incluído ao lado do nome da empresa executada o complemento "massa falida" não gera nulidade nem impõe a extinção do feito por ilegitimidade passiva ad causam. Sabe-se que a massa falida não é pessoa diversa da empresa contra a qual foi decretada a falência. Dessa forma, não há que se falar em redirecionamento nem mesmo em substituição da CDA, pois trata-se de mera irregularidade formal, passível de



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

saneamento até mesmo de ofício pelo juízo da execução. Nesse sentido entende o TJRJ:

(...)

Por esse mesmo motivo, é evidente que não houve qualquer erro de tipificação da infração em virtude do embargado lhe ter qualificado como contribuinte.

Importante destacar ainda que o auto de infração foi recebido pelo administrador judicial da Embargante à época, sendo assim, perfeitamente garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Alega ainda a embargante que o auto de infração não respeitou o princípio da irretroatividade da lei tributária, pois foi autuada por irregularidade cometida em 2011, 2012 e 2013, com fundamento em um dispositivo legal incluído no ano de 2012, que só estaria vigente em 2013, com base no princípio da anterioridade e da noventena. Entretanto, tal alegação não merece prosperar, pois apesar da alteração legislativa, esta não modificou o conteúdo da norma. Vejamos a redação antes e depois da alteração promovida pela Lei 6.357/2012.

(...)

Ante o exposto, não houve alteração do conteúdo da norma, sendo a obrigação acessória perfeitamente exigível na época das infrações autuadas e, conseqüentemente, aplicável a multa.

Ante o exposto, não há qualquer irregularidade ou desproporcionalidade na aplicação da multa. Com efeito, a obrigação acessória tem natureza objetiva, devendo a autoridade aplicar a receptiva multa em razão de seu descumprimento, o que restou evidenciado no caso concreto, tudo conforme processo administrativo de fls. 53/73.

Cabe agora analisar a incidência de juros e correção monetária sobre o valor devido. Assim dispõe o art. 124 da Lei 11.101/2005:

(...)

De início, cabe destacar que o dispositivo legal é claro ao atestar que apenas não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, contudo, nada menciona sobre correção monetária. Desse modo, não se pode impor para a aplicação da correção monetária a condição de existência de ativo da massa falida.



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

Adicionalmente, analisando o caso, a Embargante suscita a aplicação do referido dispositivo, no entanto, não apresenta nenhuma prova capaz de esclarecer que o ativo apurado não basta ao pagamento dos credores subordinados.

De tal sorte, deixo de acatar os presentes embargos. Isto posto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS formulados na inicial, e, em consequência, JULGO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a embargante às custas e honorários no percentual de 10% sobre o valor da causa.

Transitada em julgado, dê-se baixa, archive-se, prosseguindo-se na execução.

P. R. I.

Apelação cível interposta pela embargante, indexador 185, pugnando pela integral reforma da d. sentença, reiterando os seguintes pontos apresentados na inicial dos embargos à execução: (i.) de nulidade do auto de infração; (ii.) de que a multa atenta contra aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (iii.) de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório; (iv.) de excesso de execução.

Contrarrazões, indexador 212.

Manifestação ministerial pela não intervenção, indexador 228.

Não foi encontrada prevenção por ocasião da distribuição do presente feito, indexador 234.

A d. Procuradoria de Justiça não viu razão para oficiar, indexador 238.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, cabe salientar que estão presentes os pressupostos de conhecimento e



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

admissibilidade recursais.

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por Massa Falida de Nordeste Linhas Aéreas S.A. em face da execução fiscal n.º 0210638-13.2017.8.19.0001, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, em que alega, síntese, que o auto de infração se encontra eivado de vícios que maculam por completo a sua validade e eficácia.

Com efeito, a execução fiscal em apenso foi proposta em 17/08/2017 pelo Estado do Rio de Janeiro em face de Nordeste Linhas Aéreas S.A. – em recuperação judicial, referindo-se a cobrança da multa aplicada pelo descumprimento de obrigações fiscais acessórias, referentes à omissões e atrasos no envio de GIA-ICMS e DECLAN-IPM, autuada em 12/2016, cujos fatos geradores ocorreram entre maio de 2012 a maio de 2015 e perfazem um total de R\$ 72.055,14, indexador 52.

Resta incontroverso que a falência da referida sociedade foi decretada em 20/08/2010, nos autos do processo falimentar n.º 0260447-16.2010.8.19.0001 pelo Juízo da 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

Neste contexto, não há que se falar em nulidade por erro no lançamento do sujeito passivo, decorrente do fato de o lançamento ter sido realizado em face de Nordeste Linhas Aéreas S.A. – em recuperação judicial, quando já havia sido decretada a sua falência, pois enquanto não for encerrado o processo falimentar, a empresa falida e sua massa existem concomitantemente.

Nesse sentido, destaco o assente entendimento de que o decreto de falência não põe fim à personalidade jurídica da executada, conforme se extrai do entendimento firmado pelo STJ, no Tema 702:

A mera decretação da quebra não implica extinção da personalidade jurídica do estabelecimento empresarial. Ademais, a massa falida tem exclusivamente personalidade judiciária, sucedendo a empresa em todos os seus direitos e obrigações. Em consequência, o ajuizamento contra a pessoa jurídica, nessas condições, constitui



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

mera irregularidade, sanável nos termos do art. 284 do CPC e do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980.

Tal entendimento restou assentado pela 1ª Seção da Corte Superior de Justiça por ocasião do julgamento do Resp n.º 1.372.243/SE, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO N. 8/2008 DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA PESSOA JURÍDICA EMPRESARIAL. FALÊNCIA DECRETADA ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO EXECUTIVA. CORREÇÃO DO POLO PASSIVO DA DEMANDA E DA CDA. POSSIBILIDADE, A TEOR DO DISPOSTO NOS ARTS. 284 DO CPC E 2º, § 8º, DA LEI N. 6.830/80. HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA ORIENTAÇÃO FIXADA PELA SÚMULA 392 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Na forma dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, "a mera decretação da quebra não implica extinção da personalidade jurídica do estabelecimento empresarial. Ademais, a massa falida tem exclusivamente personalidade judiciária, sucedendo a empresa em todos os seus direitos e obrigações. Em consequência, o ajuizamento contra a pessoa jurídica, nessas condições, constitui mera irregularidade, sanável nos termos do art. 284 do CPC e do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980" (REsp 1.192.210/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/2/2011).

2. De fato, por meio da ação falimentar, instaura-se processo judicial de concurso de credores, no qual será realizado o ativo e liquidado o passivo, para, após, confirmados os requisitos estabelecidos pela legislação, promover-se a dissolução da pessoa jurídica, com a extinção da respectiva personalidade. A massa falida, como se sabe, não detém personalidade jurídica, mas personalidade judiciária - isto é, atributo que permite a participação nos processos instaurados pela empresa, ou contra ela, no Poder Judiciário. Nesse sentido: REsp 1.359.041/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/6/2013, DJe 28/6/2013; e EDcl no REsp 1.359.259/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 7/5/2013.

3. Desse modo, afigura-se equivocada a compreensão segundo a qual a



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

retificação da identificação do polo processual - com o propósito de fazer constar a informação de que a parte executada se encontra em estado falimentar - implicaria modificação ou substituição do polo passivo da obrigação fiscal.

4. Por outro lado, atentaria contra os princípios da celeridade e da economia processual a imediata extinção do feito, sem que se facultasse, previamente, à Fazenda Pública oportunidade para que procedesse às retificações necessárias na petição inicial e na CDA.

5. Nesse sentido, é de se promover a correção da petição inicial, e, igualmente, da CDA, o que se encontra autorizado, a teor do disposto, respectivamente, nos arts. 284 do CPC e 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/80.

6. Por fim, cumpre pontuar que o entendimento ora consolidado por esta Primeira Seção não viola a orientação fixada pela Súmula 392 do Superior Tribunal Justiça, mas tão somente insere o equívoco ora debatido na extensão do que se pode compreender por "erro material ou formal", e não como "modificação do sujeito passivo da execução", expressões essas empregadas pelo referido precedente sumular.

7. Recurso especial provido para, afastada, no caso concreto, a tese de ilegitimidade passiva ad causam, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que, facultada à exequente a oportunidade para emendar a inicial, com base no disposto no art. 284 do CPC, dê prosseguimento ao feito como entender de direito.

Acórdão submetido ao regime estatuído pelo art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008.

(REsp n. 1.372.243/SE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/12/2013, DJe de 21/3/2014.)

Ademais, vale destacar o disposto no art. 184 do CTN:

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Tal orientação vem sendo adotada neste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PRETENSÃO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALÊNCIA DA DEVEDORA DECRETADA ANTES DA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DA PESSOA JURÍDICA, E NÃO DA MASSA FALIDA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS APENAS PARA EXPURGAR DA EXECUÇÃO O VALOR RELATIVO ÀS MULTAS FISCAIS. INCONFORMISMO DA EMBARGANTE. - Procedo ao exame do agravo retido (...) NEGO PROVIMENTO ao agravo retido. - No que toca ao mérito, não obstante a combatividade da Apelante, seus argumentos não merecem acolhimento. - A prescrição do crédito tributário não ocorreu. Isto porque, restou incontroverso nos autos que a execução fiscal correlata a esta ação autônoma de impugnação, foi proposta no ano de 1998, e a citação da Companhia Mercantil e Industrial Ingá ocorreu em novembro do mesmo ano, conforme se vê no indexador 000046, ocasião em que houve a interrupção da prescrição. - Considerando que a dívida se refere à cobrança de ICMS não recolhido relativo aos meses de junho a setembro de 1996, é inconteste que não fluiu o prazo de cinco anos entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e a citação do Contribuinte devedor. - A tese defendida pela Recorrente no sentido de que o despacho que determinou a citação do Síndico da massa falida somente ocorreu em 09.12.2009, quando já decorridos mais de 13 (treze) anos da constituição definitiva do crédito, e, por este motivo, o crédito tributário estaria prescrito, carece da devida consistência. Com efeito, a propositura da ação executiva e a citação efetuada em nome da Sociedade Empresária, ao invés da sua massa falida, não implica na substituição do responsável pela obrigação fiscal. - De acordo com a jurisprudência do C. STJ, a citação efetuada na pessoa jurídica após a decretação da sua falência,



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

caracteriza mera irregularidade, porquanto a quebra não extingue a personalidade jurídica da Sociedade Empresária, e a massa falida sucede a empresa em todos os seus direitos e obrigações, destacando, ainda, que aquela tem exclusivamente personalidade judiciária. - Não se pode olvidar, ainda, o disposto no artigo 47, do Dec.-lei 7.661/45, ao disciplinar que não corre a prescrição contra as obrigações do falido. (...) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APELAÇÃO 0000085-55.2013.8.19.0024, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, JULG. 31/01/2017, RELATORA DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

Por tais razões, rejeito a alegação recursal referente a nulidade por erro no lançamento do sujeito passivo.

E, pelas mesmas razões, afasto a argumentação recursal referente ao erro de tipificação, decorrente da alegação de que a massa falida não consta no rol dos contribuintes elencados no artigo 15 do livro I, do RICMS/RJ.

Também não prospera a alegação de que a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória, decorrente do atraso na entrega das GIA-ICMS e DECIAN-IPM, viole o princípio da proporcionalidade e razoabilidade e, do não-confisco, na medida em que tal argumentação não sai do campo das alegações, notadamente no que se refere a demonstração de que estaria em descompasso com a obrigação tributária principal.

Ademais, no caso em tela, a multa decorrente do descumprimento da obrigação acessória se converte em principal haja vista o disposto no art.113, §3º, do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.



Apelação Cível nº. 0315522-54.2021.8.19.0001

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

No mesmo sentido, não prospera o argumento concernente ao alegado excesso de execução por ofensa ao disposto no art.124 da Lei 11.101/05, na medida em que tal argumentação não saiu do campo das alegações, se mostrando desprovida de qualquer elemento probante apto a corroborá-la.

Por conseguinte, não merece prosperar a pretensão de reforma da d. sentença.

Por tais razões, **nego provimento** ao recurso e majoro os honorários recursais em 2%, passando de 10% para 12% do valor da causa, de acordo com o disposto no artigo 85, §11, do CPC.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
Desembargadora
Relatora