XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO EMPRESARIAL II

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-316-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Empresarial. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

Os trabalhos do Grupo de Direito Empresarial II avançaram sobre diversos temas atuais da matéria, a exemplo de propostas legislativas em curso e efeitos de recentes alterações das leis referentes ao Direito Empresarial.

A rica produção divulgada neste GT do Conpedi de Curitiba tem o mérito de reunir aportes relevantes em muitos eixos do Direito Empresarial, como direito das sociedades, com exposições relevantes sobre temas complexos de sociedades anônimas e também de sociedades limitadas, a exemplo da dissolução parcial, da exclusão de sócio e dos direitos das minorias. Há também artigos de relevo sobre a recuperação judicial, inclusive sua processualística, sobre compliance e sobre as microempresas.

Trata-se de um conjunto relevante de publicações, que demonstra a importância científica do CONPEDI, em todos os ramos do Direito.

Prof. Dr. Andre Lipp Pinto Basto Lupi - Uniceub

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP

EQUIDADE ENTRE CREDORES DA SOCIEDADE LIMITADA: APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS.

FAIRNESS AMONG CREDITORS LIMITED COMPANY: PERSONALITY DISREGARD OF APPLICABILITY LEGAL AND PERSONAL RESPONSIBILITY OF MEMBERS.

Saulo Bichara Mendonça [1]
Pablo Gonçalves e Arruda [2]

Resumo

O presente estudo tem por fim analisar os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade pessoal dos sócios a partir do raciocínio desenvolvido no Projeto de Lei do Senado nº 545/2011 que pretende ampliar os efeitos práticos da Lei nº 11.941/09 que revogou o artigo 13 da Lei nº 8.620/93, anulando assim as obrigações impostas aos sócios de sociedades limitadas titulares de dívidas fiscais perante a União. A investigação se dará a partir de hipótese empírica a ser apresentada, perquirindo a necessidade de aplicação equânime do incidente, atualmente positivado nos artigos 133 a 137 da Lei nº 13.105/15.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica, Equidade, Responsabilidade patrimonial do sócio por dívidas da sociedade limitada, Risco da atividade econômica

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the effects of disregard of legal personality and the personal liability of partners from the reasoning set out in Senate Bill 545/2011 intends to expand the practical effects of Law 11.941/09 repealed article 13 of Law 8.620/93, thereby nullifying the obligations imposed on shareholders of companies limited tax debt holders to the Union. the investigation will from empirical hypothesis to be displayed, inquiring the need for equal application of the incident, currently positivado in articles 133-137 of Law 13,105/15.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Piercing the corporate veil, Equity, Financial liability partner for debts of the limited partnership, Risk of economic activity

---

[1] Professor Adjunto na UFF. Pós-Doutorando em Direito pela UERJ, Doutor em Direito pela UVA, Mestre em Direito pela UGF,

[2] Advogado, Mestrando em Direito pela UVA, Especialista em Direito do Consumidor pela PUC-RJ, Coordenador do Núcleo de Direito Empresarial do IBDN.

Introdução

O Projeto de Lei do Senado nº 545/2011 inspirou o raciocínio que conduziu a questão acerca dos requerimentos de incidência da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade patrimonial dos sócios ante obrigações tributárias da pessoa jurídica instituída como sociedade, o que leva a questão: Tais requerimentos, quando formulados pelo Estado, na condição de credor de tributos podem suprimir ou mesmo ignorar a vigência de normas em contrário ou precedentes jurisprudenciais verificados em sentido oposto, em razão da natureza do interesse no bem em litígio, qual seja, a pretensão de ver satisfeito o crédito tributário?

A princípio, entende-se a desconsideração da personalidade jurídica como um incidente excepcional, assim como o é a responsabilidade patrimonial do sócio por obrigações tributárias da pessoa jurídica caracterizada como sociedade, que tem requisitos específicos para ser imposta.

Não mais tratada apenas como uma teoria, o referido incidente processual encontra-se positivado nos artigos 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil, conforme citado alhures, tem-se a hipótese de que sua aplicação judicial não pode se dar de forma deturpada e indiscriminada, a despeito dos interesses envolvidos na contenda litigiosa, sob pena de se arriscar incorrer em lesão a princípios basilares do direito societário, como a livre iniciativa e intangibilidade do capital social, mitigando o empreendedorismo e, quiçá, até mesmo fomentando artimanhas contratuais que visem instituir obstáculos ao alcance do patrimônio de sócios quando agirem efetivamente com intuito fraudulento.

Destarte, o objetivo do presente estudo se limita a escrutinar a aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica em casos de dívidas fiscais contraídas pela pessoa jurídica instituída na forma de sociedade e distinguir este instituto da responsabilidade objetiva determinada pelo Código Tributário Nacional, tendo por objeto a análise de possíveis efeitos práticos, eventualmente decorrentes da conversão do PLS em tela em lei propriamente dita.

A discussão proposta tangencia na hipótese de como o artigo 13 da Lei nº 8.620/93, o artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional e o artigo 1.080 do Código Civil podem ser considerados ante as hipóteses de cabimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização patrimonial do sócio.

Para alcançar o objetivo proposto, serão analisados a ADI 3.642, o Projeto de Lei do Senado nº 545/2011, os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica e da

responsabilidade pessoal do sócio para ao final delimitar as situações onde o Estado pode exigir diretamente do sócio a satisfação da responsabilidade fiscal contraída pela sociedade regularmente constituída como pessoa jurídica.

1. ADI 3.642

Em 16 de dezembro de 2005, foi distribuída a ADI 3.642, tendo por Relator o Ministro Cezar Peluso, sendo requerida pela Confederação Nacional do Transporte – CNT patrocinada por Sacha Calmon Navarro Coelho. O objeto da presente demanda julgada extinta sem julgamento do mérito era ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº 8.620/93.

> Alega a requerente que o atacado perceptivo legal sofreria de inconstitucionalidade formal, pela inversão da área reservada à lei complementar, isto porque a Constituição Federal, no seu art. 146, III, *b*, atribui competência à lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de Direito tributário, especificamente, sobre obrigação tributária; bem como de inconstitucionalidade material, por ofensas ao princípio da isonomia, quer entre os contribuintes (CF, art. 150, II), quer entre os entes tributantes da razoabilidade e da proporcionalidade. (ADI nº 3.642)

Em 26 de junho de 2009 o Relator Ministro Cezar Peluso decidiu pela extinção do processo sem julgamento do mérito sob o fundamento de que "a superveniência da Lei nº 11.941/2009, cujo artigo 79, inciso VII, torna prejudicado o pedido formulado na inicial" (ADI 3.642).

No que tange a referida decisão judicial, a reflexão que ora se desenvolve conduz à hipótese de que quiçá talvez, está tenha sido prematura e equivocada, a despeito da revogação pela Lei nº 11.941/09. A revogação do aludido dispositivo legal produz efeitos *ex nunc*, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade, se deferida, produziria efeitos *ex tunc*, respeitadas a coisa julgada e eventual modulação pelo Supremo Tribunal Federal, beneficiando aqueles que ainda figuram como réus em execuções fiscais por serem sócios de pessoa jurídica inscrita na Dívida Ativa da União.

A extinção da referida ADI 3.642 sem julgamento de mérito parece, contudo, justificar e valorizar a proposta do PLS em tela, pois sua conversão em lei produzirá efeitos *ex tunc* tal qual se alcançaria com a desejada procedência da extinta ADI citada.

A partir desta lógica se passa a reflexão sobre o PLS nº 545/2011 que atualmente encontra-se na Comissão de Assuntos Econômicos – CAE, desde 18 de dezembro de 2015, aguardando designação do relator.

2. Projeto de Lei do Senado nº 545/2011

Entendendo que a jurisprudência não representa fonte material ou formal de direito, e o que se verifica no contexto do PLS nº 545/2011 é o pragmatismo que se almeja na atividade legiferante.

O texto da Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM) considerou um fato jurídico tratado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.276, Paraná, em 3 de novembro de 2010, à época relatado pela então Ministra Ellen Gracie, onde se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei n° 8.620/93, determinando-se que os sócios das pessoas jurídicas instituídas na modalidade de sociedade limitada não responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos decorrentes de responsabilidade fiscal previdenciária junto à Seguridade Social.

Quiçá, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter aplicado ao referido recurso extraordinário, na oportunidade do julgamento, os efeitos da repercussão geral, disciplinados no então artigo 543-B do revogado Código de Processo Civil, proporcionando repercussão da decisão em processos de idêntico tema eventualmente pendentes de julgamento pelos tribunais regionais federais, tenha inspirado o Poder Legislativo à propositura da deliberação do tema em sede legislativa.

Em sua justificação, a referida Senadora, autora do PLS 545/2011, assevera e sustenta que "o presente projeto de lei visa estender a todos, por questão de justiça e equidade, que são princípios norteadores do Estado democrático de Direito, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal [...]" (SENADO FEDERAL, 2011)

O revogado artigo 13 da lei nº 8.620/93, cujo PLS em tela pretende ver afastado de pleno direito em sua aplicabilidade, determinava que "o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social", ignorando veementemente as regras protetivas da limitação patrimonial decorrentes da consolidação regular do contrato social, nos termos assim delimitados pelo artigo 1.052 do Código Civil.

De igual forma, ignorava-se a responsabilidade direta decorrente do artigo 135 do Código Tributário Nacional, bem como a competência constitucional destinada à Lei

Complementar para tratar do tema, tal como se depreende do artigo 146, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O parágrafo único do citado dispositivo legal revogado ainda estende os efeitos do afastamento da limitação patrimonial decorrente do contrato/estatuto social aos acionistas controladores, administradores, gerentes e diretores, determinando-lhe a regra revogada que todos responderiam solidária e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das referidas obrigações fiscais para com a Seguridade Social, independentemente de dolo ou culpa.

Ante este fato, o PLS nº 545/2011 considera a revogação do referido dispositivo legal, tal como pontuado no citado acórdão prolatado, onde se observa que a solidariedade criada pelo citado dispositivo legal não poderia desconsiderar as regras basilares de autonomia (Princípio da Entidade) e responsabilidade patrimonial societária de terceiros participantes da sociedade.

A proposta legislativa visa reiterar os termos gerais estabelecidos pelo artigo 135 do Código Tributário Nacional, ressaltando que entendimento diverso seria classificado como um contrassenso legal.

Vincular os sócios como devedores solidários da pessoa jurídica, exclusivamente por exercerem a função de sócios, mitiga princípios como a livre iniciativa e a responsabilidade pelo risco do negócio, inobstante se tratar de interesses fiscais do Estado, tal qual o crédito fiscal da seguridade social. Alem disso, a prosperidade das demandas judiciais com fulcro no revogado artigo 13 da Lei nº 8.620/93 incorre não apenas em impropriedade da técnica jurídica como em flagrante inconstitucionalidade material pela violação aos termos do artigo 146, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Assim, o PLS nº 545/2011, composto de dois artigos, não apenas visa proteger a limitação patrimonial contratual como coíbe a proliferação de efeitos jurídicos não desejados e atécnicos decorrentes de regras revogadas e formalmente inconstitucionais.

Ressalta-se ainda a notória inconstitucionalidade material, posto que não é razoável que o Poder Legislativo estabeleça, por via transversa, confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, agredindo frontalmente o propósito das normas instituidoras das sociedades limitadas, reconhecidamente o modelo societário mais utilizado pelos empreendedores no Brasil.

A eficácia *ex tunc* do dispositivo revogado impõe notória desconsideração *ex lege* e objetiva à personalidade jurídica das sociedades limitadas, descaracterizando-as, implicando

em irrazoabilidade e inibição à iniciativa privada, lesionando os artigos 5°, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

A decisão da Suprema Corte enaltece o principio natural segundo o qual a personalidade jurídica das sociedades é distinta da personalidade dos sócios que a instituíram. Princípio segundo o qual se fundamenta a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, até então tratada como teoria, hoje positivada no novo Código de Processo Civil, mantendo íntegros os pressupostos de sua aplicabilidade, como se verá.

3. Desconsideração da Personalidade Jurídica

O objetivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é preservar a pessoa jurídica de seus membros, valorizar o interesse de terceiros de boa fé quando os sócios optarem por agir em desrespeito à lei e/ou ao contrato social. Tal pretensão é antiga, remonta aos tempos do revogado Decreto nº 3.708 que em seu artigo 10 determinava:

> 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 illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

Essa prerrogativa do incidente de desconsideração da personalidade jurídica exige considerar que a autonomia da vontade proporciona efeitos patrimoniais pragmáticos positivos na atividade privada, mas pode viabilizar a utilização da atividade empresarial por meio da pessoa jurídica para o cometimento de fraude contra credores, em efetivo abuso de direito.

Essa é a razão da então Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica pretender viabilizar a coibição de fraude sem por em questão a regra de separação de sua personalidade e patrimônio com relação ao de seus membros, suspendendo os efeitos patrimoniais do contrato social de forma a sancionar aqueles sócios que deturparem o objeto social da sociedade.

> A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica externa corporis. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral. (COMPARATO, 1976)

Jurisprudencialmente, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica se autoriza independente de previsão legal, mediante alegação do risco de fraude e o abuso praticado pelos sócios da pessoa jurídica.

> A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico. (STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 767021 RJ 2005/0117118-7)

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica possibilita a reprimenda de fraudes e atos abusivos praticados pelos sócios através da sociedade, visando proteger o interesse de credores trabalhistas, contratuais e fiscais que gravitam em torno sociedade, visando a continuidade e preservação da empresa.

> [...] se é certo, como já assentado, que a desconsideração da personalidade jurídica é expediente que se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta e abusiva, é justamente essa mesma circunstância que imprime ao instituto o caráter excepcional: embora a patologia justifique o emprego do remédio, a patologia ainda tem caráter de exceção e não se presume. Vale dizer: do correto emprego do instituto depende sua própria valorização, de tal sorte que o uso indiscriminado da teoria e das normas jurídicas que a positivaram poderia produzir efeito muito diverso do que o sistema pretende. (GRINOVER, 1997, p. 7)

A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro não é recente, a despeito dos termos dos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil, o primeiro dispositivo legal a se reportar a matéria foi o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor mesmo que lá não se verifique referência à fraude como principal fundamento para a aplicação do instituto em tela.

O artigo 18 da revogada Lei n° 8.884/94 também tratava da questão tutelando os interesses correlatos à ordem econômica, visando seu impedimento ou sanção, preocupação idêntica a que se verifica no artigo 34 da Lei nº 12.529/11, dispositivo substitutivo e revogador do primeiro.

Ainda o artigo 4° da Lei n° 9.605/98, considerou que não basta que a personalidade jurídica constitua mero obstáculo, é imperioso o abuso e a fraude, preocupando-se apenas com o cometimento de lesão ao meio ambiente. A desconsideração aqui se dá pela Teoria Menor, tal qual no 28 CDC, com textos idênticos.

> A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. (REsp 279.273/SP)

E, mesmo o Código Civil, que em seu artigo 50, não tratou da temática tal qual se depreendia a partir dos fundamentos da *disregard doctrine*, pois confundiu a figura do administrador com a do sócio, sabendo-se que para exercer a primeira função não há necessidade de ocupar concomitantemente a segunda função citada e que "a responsabilidade deve abarcar, tão somente, o patrimônio do sócio ou dos sócios que agiram irregularmente" (RIZZARDO, 2014, p. 1150).

A recente regra constante no novo Código de Processo Civil legitima o representante do *parquet* ao requerimento do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, tal qual autoriza a todos os que se encontrarem legítimos à propositura de demandas litigiosas, ressaltando que a referida desconsideração pode se dar em quaisquer das fases do processo.

Determina ainda, como se depreende do §4º do artigo 134 do novo Código de Processo Civil, que o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica, porém, não os define, conduzindo o estudioso aos ditames doutrinários e as normas materiais.

> Exige-se, uma posição bastante ortodoxa, como pressuposto para superação episódica da personalidade jurídica da pessoa jurídica, mais que o simples inadimplemento e, sim, a configuração de um dos elementos subjetivos, ou seja, o abuso de direito, a fraude, o desvio de finalidade, a confusão patrimonial. Alem disso, impede consignar que a desconsideração da personalidade jurídica somente é cabível se constatada a insuficiência de bens da pessoa jurídica. Sempre que existem meios para se buscar bens da pessoa jurídica, tais como fraude à execução, a fraude contra credores, não se poderá desconsiderar a personalidade jurídica.
> Quanto ao desvio de finalidade, deve a empresa ficar atrelada ao objeto social do contrato, não podendo extrapolar ao que se propôs realizar. (RIZZARDO, 2014, p. 1148)

Tal determinação legal leva à hipótese de que estes sejam os mesmos definidos pela teoria que inspirou a presente positivação, quais sejam: a confusão patrimonial, o desvio de função social e o desrespeito às regras legais e contratuais por parte dos sócios de determinada sociedade[1].

[1] Registra-se ainda a inevitável reflexão interrogativa que se faz quando se propõe interpretar uma norma caracteristicamente lacunosa. Afinal, quais seriam os pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica que o legislador almejava verificar demonstrados no requerimento? A resposta a este problema não constitui objeto do escrutínio empírico que se propôs no introito deste, mas fica a provocação intelectual para que outro estudo seja desenvolvido de forma a compreender e alcançar da melhor forma possível a eficiência do instituto em tela.

Sendo acolhido o pedido de desconsideração ter-se-á a suspensão dos efeitos patrimoniais do contrato social instituidor da pessoa jurídica constituída como sociedade, inobstante sua espécie e natureza.

> Está correta a desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade Anônima falida quando utilizada por sócios controladores, diretores e ex-diretores para fraudar credores. Nesse caso, o juiz falimentar pode determinar medida cautelar de indisponibilidade de bens daquelas pessoas, de ofício, na própria sentença declaratória de falecias, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e os do *periculum in mora*. (REsp nº 370.068 – GO, da 3ª turma do STJ, j. em 16.12.2003, DJU de 14.03.2005)

Contudo, não parece ser conclusivo o raciocínio segundo o qual, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, todo é qualquer ato que possa alcançar o patrimônio dos sócios não autorizaria, necessariamente, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a despeito da natureza da obrigação objeto da demanda.

> [...] o artigo 1º da Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais – LEF) estabelecer que o CPC rege, subsidiariamente, a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias, não significa, automaticamente, que o incidente em comento deva ser aplicado indistintamente às execuções fiscais.
> Isso porque o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como o próprio nome diz, foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio para cuidar do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (artigo 50, CC) e não dos casos em que há o reconhecimento da responsabilidade tributária, previsto em legislação mais antiga e específica.
> [...]
> Embora haja similitude prática entre os institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária, qual seja, o alcance dos bens de terceiros para o adimplemento de uma obrigação, do ponto de vista normativo e teórico, há consideráveis diferenças que impedem um tratamento processual igualitário na aplicação dos dois institutos. (SIGNORETTI, 2016)

Até o advento do novo Código de Processo Civil, poder-se-ia justificar a hipótese de que a responsabilidade pessoal e direta de sócio por obrigações fiscais de titularidade da sociedade da qual fazem parte, não se confundindo com a desconsideração da personalidade jurídica em si.

Com o avento do novo Código de Processo Civil, pode-se supor que se tratam efetivamente de institutos diferentes, considerando que, com a positivação da forma posta, não se verificam os requisitos expostos a partir da então teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

As demandas que versam sobre responsabilidade solidária do sócio de sociedade devedora de tributos à seguridade social, tendo-os como réus, não dê, talvez, ensejo ao

incidente em tela, em razão de detalhes processuais sobre os quais não se propôs discutir neste estudo, mas, apesar das críticas que se possa tecer acerca das recentes normas processuais sobre o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, há que se verificar se a imposição da responsabilidade fiscal ao sócio não mitiga os princípios basilares das relações jurídicas societárias.

4. Responsabilidade pessoal dos sócios por débitos fiscais

Sábia é a referência aos princípios constitucionais que garantem a livre iniciativa, ameaçada sempre que os sócios participantes de uma empresa não tiverem bem definidos os limites de sua eventual responsabilidade com dívidas da sociedade.

> É que impor confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física no bojo de sociedade em que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada, compromete um dos fundamentos do direito de empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, o que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica. A garantia dos credores, frente ao risco da atividade empresarial, está no capital e no patrimônio sociais. Daí a referência, pela doutrina, inclusive, ao princípio da "intangibilidade do capital social", a impor que este não pode ser reduzido ou distribuído em detrimento dos credores. (STF – RE 562276 PR)

A leitura dos artigos 134, 135 e 136 do Código Tributário Nacional permitem verificar o quão vasta é a responsabilidade dos administradores, gerentes, diretores ou representantes legais das pessoas jurídicas de direito privado ante as obrigações de natureza fiscal. Mas, frisa-se que esta responsabilidade é subsidiária, "pois o dito responsável solidário só é chamado a satisfazer a obrigação 'nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte'." (AMARO, 2010, p. 340)

> Basta a menor culpa dos dirigentes na insolvência da sociedade para redundar em responsabilidade dos mesmos pelas obrigações sociais daí decorrentes.
> Daí colhe-se o seguinte rol de obrigações:
> a) Os sócios-gerentes ficam revestidos de uma responsabilidade subsidiária.
> b) Respondem eles sempre quando se verificarem hipóteses de omissões culposas, excesso de poderes, infrações à lei, ao contrato ou aos estatutos. (RIZZARDO, 2014, p. 1155)

A despeito destas normas gerais, e considerando os termos do último julgado reproduzido neste estudo, verificaram-se as razões reconhecidas pelo legislador para a

revogação expressa do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 em virtude do inciso VII do artigo 79 da Lei nº 11.941/09.

> Permanecem, todavia, centenas de inscrições da Divida Ativa da União que possuem coobrigados inseridos antes da citada revogação, de forma que essas pessoas encontram-se positivadas no cadastro da Divida Ativa da União com base em um dispositivo legal reconhecido corno inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e hoje inteiramente excluído do ordenamento jurídico. (PROJETO DE LEI DO SENADO nº 545/2011)

Contudo, entende-se (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 494.887 - RS) que a responsabilidade do sócio não é objetiva. Para que este responda pessoalmente nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional, mister se faz que se comprove que o sócio agiu com excesso em seu mandato, infringiu a lei ou os termos do ato constitutivo da sociedade, o que se dá especialmente quando ocupa a qualidade de administrador, presentante da sociedade (o que independe, inclusive, da qualidade de sócio). Nestes termos entende também Arnaldo Rizzardo (2014, p. 1156).

> O problema está em definir os atos a que se refere o art. 135. É intuitivo que há de se tratar de atos praticados em nome de outrem (o representado, preponente, administrado, mandante, que seria o 'contribuinte') pelo terceiro (administrador, mandatário, etc). Com excesso de poderes, por exemplo, mas *em nome* do administrado, do mandante etc. Com violação da lei, mas também em nome de outrem. Com infringência do contrato ou estatuto, mas sempre em nome da sociedade. Muitas hipóteses se enquadram em mais de uma dessas situações: um ato praticado com excesso de poderes pode violar, a um só tempo, o estatuto e a lei; um ato ilegal certamente não será praticado no exercício de poderes regulares. Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que frequentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador. (AMARO, 2010, p. 354)

O pedido de redirecionamento da execução fiscal, quando fundado na dissolução irregular da sociedade executada, pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa no momento da ocorrência dessa dissolução, que é, afinal, o fato que desencadeia a responsabilidade tributária. (AgRg no REsp 1060594/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009)

O que se pretende esclarecer com a análise das ponderações doutrinárias e jurisprudenciais é a distinção entre impontualidade ou inadimplemento e o não recolhimento do tributo já repassado aos consumidores no ato da venda ou cobrança por prestação de

serviços. Nestes casos, têm-se infrações diretas à norma tributária e penal, devendo verificar-se a responsabilização dos gestores da pessoa jurídica por tais atos.

> As pessoas referidas no inciso III do artigo 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição, e, assim sendo, aplica-se-lhes o disposto no artigo 568, v, do código de processo civil, apesar de seus nomes não constarem no título extrajudicial. -assim, podem ser citadas - e ter seus bens penhorados - independentemente de processo judicial prévio para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstancias de fato aludidas no artigo 135, *caput*, do CTN., matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida, amplamente, em embargos de executado (art. 745, parte final, do CPC). (STF – RE 99551 RJ)

Imprescindível que se verifique, em cada caso concreto, a razão do inadimplemento, perquirindo se houve impontualidade ou apropriação indébita, para a partir de então adotar as medidas legais cabíveis (CARVALHO, 2004, p. 241).

> Já se encontra assente na doutrina e na jurisprudência que a responsabilidade do sócio-gerente, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatuto, a teor do que dispõe a lei tributária (artigo 135 do Código Tributário Nacional), ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.
> Para que a responsabilidade excepcional do sócio seja configurada, é necessário que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, porquanto, em caso contrário, "para sanar uma injustiça contra o Estado, contra o Fisco, cometer-se-ia uma outra injustiça maior: a responsabilidade do sócio (ainda que gerente de direito) que não cometeu qualquer ato ilegal. Cabe-lhe o ônus da prova, mas indiscutivelmente não pode responder por fraude cometida, praticada, realizada, gerenciada, por terceiro. (STJ – REsp 653076 RS 2004/0052842-6)

Como se vê, não existe responsabilidade fiscal solidária pura e simples. Esta responsabilidade imposta ao referido sócio-gerente (expressão legal carente de atualização de acordo com o Código Civil de 2002), ao administrador, ao diretor ou equivalente se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou mediante infração legal, excesso de mandato ou desconsideração dos termos dos atos constitutivos por parte de um dos agentes citados em atos praticados em nome da sociedade, mesmo que os agentes não percebam vantagem patrimonial direta ou indireta, a despeito, inclusive, de agirem com culpa ou dolo.

"O sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver cometido ilegalidades no exercício da gerência." (RIZZARDO, 2014, p. 1158). Em situações adversas, onde não se verificam abusos por parte dos gestores, é imprescindível que se considere que o sócio e a pessoa jurídica por ele composta representam pessoas ou instituições distintas.

Destarte, verifica-se que a responsabilidade do sócio e/ou administrador, nos termos do Código Tributário Nacional, não decorre de uma relação de solidariedade ou de subsidiariedade, mas tem contornos de sanção por atos praticados com dolo ou culpa, mas em

desalinho com as normas legais, inobstante percepção de vantagem direta ou indireta, patrimonial ou extrapatrimonial, o que não se confunde com o incidente da desconsideração da personalidade jurídica aplicável somente aos sócios que agirem nos termos dos pressupostos específicos deste.

Considerações finais

O que se pretende com a proposta de Projeto de Lei do Senado nº 545/2011 é estender a todas as pessoas os efeitos que se alcançaria com a decisão do Supremo Tribunal Federal deferindo o pedido feito na ADI 3.642.

O almejado resultado se alcançará independentemente do ajuizamento de demandas judiciais, o que evitará ainda mais sobrecarga de demandas ao Poder Judiciário, bem como gastos com o pagamento de honorários advocatícios, em processos cujas decisões serão provavelmente contrárias à Fazenda Nacional, em razão da observância da posição unânime adotada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de tema de repercussão geral.

Não haverá que se falar em desconsideração da personalidade jurídica uma vez que a responsabilidade do sócio só deverá ser reconhecida quando este agir, na condição de gestor ou representante da sociedade, com dolo ou culpa, praticando ato ilegal em detrimento dos interesses da fazenda pública, especificamente da seguridade social.

O reconhecimento dos limitados contornos legais para a imposição da responsabilidade legal em tela é imprescindível aos interesses da empresa, reconhecida a partir dos perfis definidos por Alberto Asquini, ante aos termos do princípio da sua preservação ou continuidade, que considera sua função social na busca de meios de tutelar a integridade do seu patrimônio, reconhecendo-o como imprescindível para atendimento não apenas do intuito dos sócios investidores, mas sobretudo para a satisfação dos anseios da comunidade consumidora de bens e serviços e carente de postos de trabalho e emprego que lhes proporcione subsistência.

Por fim, não se pode deixar de tecer uma reflexão sobre a ausência de pragmatismo do legislador que instituiu regras flagrantemente inconstitucionais, as revogou por outras mais objetivas, numa tentativa de reparar sua falha, fato que motivou uma decisão do Supremo Tribunal Federal igualmente questionável, que afastou a eficiência da norma de uma quantidade considerável de pessoas que prosseguiram como réus em demandas judiciais sem precisar sê-lo.

Agora, a sociedade segue sofrendo com a morosidade do legislador em dar prosseguimento aos debates do referido PLS que, se convertido em lei, poderá promover o fim que se almeja de toda lei, qual seja, a tutela dos interesses dos injustiçados, daqueles que são compelidos a suportar prejuízos que não correspondem a sua esfera de obrigações propriamente ditas, considerando os termos mais amplos e genéricos do Código Tributário Nacional, apoiado por princípios instituidores das relações societárias, como a livre iniciativa e limitação do risco do negócio, sem os quais, não ter-se-ia condições de promover empreendimentos sustentáveis economicamente.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8620.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm#art79>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

BRUSCATO, Wilges. **Manual de direito empresarial brasileiro.** São Paulo, Saraiva, 2011.

CARVALHO, Lucila de Oliveira. **A administração da sociedade limitada e o novo Código Civil**, *in* Direito de Empresa no novo Código Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial. Direito de empresa.** 19ª edição, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 3-37.

_____, **O poder de controle na sociedade anônima.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Democracia e desenvolvimento.** *In* FIUZA, César e NEVES, Rúbia Carneiro. (Coord.) Iniciativa privada e negócios. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual).** Revista Forense, nº 371, Rio de Janeiro, 1997.

MAMEDE, Gladstone. **Direito empresarial brasileiro. Empresa e atuação empresarial.** vol. 1, 7ª edição, São Paulo, Atlas, 2013.

NEVES, Rúbia Carneiro. **Limites da autonomia privada e a regulação dos negócios.** *In* FIUZA, César e NEVES, Rúbia Carneiro. (Coord.) Iniciativa privada e negócios. Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

SENADO FEDERAL, **Projeto de Lei do Senado nº 545, de 2011.** Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102016>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

SIGNORETTI, Diogo Brandau. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o crédito tributário. Disponível em <http://jota.uol.com.br/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-o-credito-tributario>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

STAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** 2ª edição, São Paulo, Atlas, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp nº 370.068 – GO, da 3ª turma do STJ, j. em 16.12.2003, DJU de 14.03.2005.** Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232375/recurso-especial-resp-370068-go-2001-0148303-5/relatorio-e-voto-12983963>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **Ag 1253075**. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6517137/ag-1253075>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **RECURSO ESPECIAL: REsp 653076 RS 2004/0052842-6.** Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232133/recurso-especial-resp-653076-rs-2004-0052842-6/inteiro-teor-12984676>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 562276 PR.** Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290422/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-562276-pr-stf/inteiro-teor-144997008>. Acesso em 02 de setembro de 2016.

_____, **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 99551 RJ.** Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14687170/recurso-extraordinario-re-99551-rj>. Acesso em 02 de setembro de 2016.