

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

VALCIR GASSEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Lírida Calou De Araújo E Mendonça, Antônio Carlos Diniz Murta,
Valcir Gassen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-095-4 7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito tributário. 3.
Direito financeiro. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

Apresentação

A coletânea que ora prefaciamos resulta dos 29 artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II, sob nossa Coordenação, no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI/BELO HORIZONTE, realizado na UFMG, na Universidade FUMEC e na Escola Superior Dom Hélder Câmara.

Com o intuito de fazer-se uma organização didática e lógico-sequencial das temáticas, a presente coletânea foi estruturada em quatro partes, cada uma com subdivisões internas (capítulos sequenciais, representando os diversos artigos apresentados).

Assim, a Parte I agrupou artigos sobre Princípios Constitucionais Tributários". Na sequência, a obra traz uma segunda parte, intitulando-se Teoria Geral do Direito Tributário e do Direito Financeiro", Por sua vez, a terceira parte do livro agrupa textos sobre Extrafiscalidade Tributária", encerrando-se com a parte final da obra, que reúne artigos sobre a ampla temática do "Direito Tributário e Direito Privado".

As temáticas colacionadas nesta obra demonstram, com originalidade e ousadia, as dificuldades vicenciadas pela sociedade brasileira quanto à imposição tributária, rotineiramente desmedida e de difícil compreensão mesmo para quem milita na área; e, por que não dizer, sob diferentes enfoques, não só insuficiente - tanto para o gestor público na sua busca contínua em amealhar, receitas mas também ao sujeito passivo que, sabidamente, tem o discurso pronto de que o que paga não retorna sem o conhecimento exato - se é que alguém o teria - do funcionamento e gestão da gigantesca máquina estatal fracionada em 03 (três) esferas de tributação.

Hodiernamente este drama, na relação estado exator e sociedade exaurida, se faz crescente quando convivemos com uma das maiores crise político-econômica de nossa história e a grande parte do que se vê como alternativa de solução proposta pelo Estado se configura, pura e simplesmente, com alternativas agressivas de maior tributação e nítida tiebeza quando à redução de gastos estatais, flagrantemente solapados pelas instâncias legislativas por pressões corporativas, setoriais ou mesmo populistas, mais preocupadas com seu interesse do

que pelo conjunto da sociedade brasileira; demonstrando, assim, o quanto egoísta podemos, enquanto sociedade civil, ser em períodos nebulosos onde a renúncia, abnegação e trabalho conjunto seriam imprescindíveis para sairmos desta letargia econômica.

No mais os organizadores e prefaciadores desta obra registram os cumprimentos a todos os coautores, que souberam, primeiramente, redigir destacados textos em temáticas atrativas e atuais na seara do Direito Tributário e Financeiro brasileiro, e, após tê-los aprovados em rigoroso processo seletivo, os apresentados e os defendidos nos críticos debates que se desenvolveram no âmbito deste Grupo de Trabalho.

Ainda, um agradecimento especial é consignado à Diretoria do CONPEDI, em nome dos Professores Doutores Raymundo Juliano Feitosa e Orides Mezzaroba, pela confiança depositada nos nomes deste trio de coorganizadores para a condução presencial dos trabalhos do GT e, agora, para a organização da obra, bem como um agradecimento especial à acolhida proporcionada pelas instituições de ensino superior que organizaram o evento, quais sejam, UFMG, FUMEC e DHC. Os leitores, destinatários últimos deste esforço editorial, têm, neste livro, a reunião de vários, atualizados e profundos textos para os servir, resultantes de pesquisa científica de qualidade. Boa leitura!

APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA, COM OBSERVÂNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ANTE A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES, SÓCIOS OU NÃO, NA EXECUÇÃO FISCAL

APPLICATION OF THE THEORY OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY WITH RESPECT TO THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE, CONSIDERING THE LIABILITY OF DIRECTORS, PARTNERS OR NOT, IN TAX ENFORCEMENT PROCEDURE

**Alceu Mauricio Junior
Francisco De Assis Basilio De Moraes**

Resumo

Neste trabalho analisamos a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica aos administradores, sócios e controladores das sociedades limitadas, ante a prática de atos jurídicos lesivos dos administradores da empresa e a inexistência de patrimônio societário, para quitação das dívidas, em sede de ação executiva fiscal, à luz da Lei nº 6.830 de 1980, do Código Civil e da Lei nº 13.105 de 2015, o novo Código de Processo Civil. Inicialmente, realizamos uma breve introdução sobre a importância das sociedades, pessoas jurídicas de direito privado, no mundo contemporâneo, e a responsabilidade de seus administradores, sejam eles sócios ou não. Na sequência, explicitamos os conceitos que permeiam a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. A seguir, expomos a questão da responsabilidade da sociedade e dos administradores, sócios e controladores, com a observância dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (liberdades públicas). Correlacionamos, então, o incidente de desconsideração com a responsabilidade dos administradores no processo executivo fiscal, indicando a possível orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Concluímos que há necessidade de se observar o regramento do novo Código de Processo Civil, com a observância dos requisitos do artigo 50, do Código Civil, para a desconsideração da personalidade jurídica. Não obstante, alertamos que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos indica que aquele Tribunal pode chegar a conclusão diversa, fragilizando a garantia prevista no novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Teoria da desconsideração, Responsabilidade, Execução fiscal, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This work analyzes the application of the theory of disregard of corporate personality in order to reach assets from partners and controllers of limited liability corporations, as a consequence of illegal acts practiced by those partners and controllers and the lack of corporate assets to settle the debt in tax executive action in the light of Law No. 6830 of

1980, the Civil Code, and Law No. 13,105 of 2015, the new Civil Procedure Code. Initially, we conducted a brief introduction about the importance of companies, legal entities of private law in the contemporary world, and the responsibility of its managers, whether partners or not. We explain the concepts that underlie the theory of disregard of corporate personality. Then we address the liability of the company and its managers, partners and controllers, with the observance of the rights and individual and collective fundamental guarantees (civil liberties). We highlight the connection between the disregard of corporate personality procedure and the liability of directors of the companies under the tax enforcement proceedings, indicating a possible development of the case law of the Superior Court of Justice. We conclude that it is necessary to observe the rules of the new Civil Procedure Code, as well as the Article 50 of the Civil Code, for piercing the corporate veil. However, we point that the Superior Court's case law tells us that that Court can reach a different conclusion, weakening the security provided for in the new Code of Civil Procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of disregard of legal entity, Liability, Tax enforcement, New code of civil procedure

1. Introdução.

A Lei nº 13.105, de 16.03.2015, o novo Código de Processo Civil – NCPC, que entrará em vigor no dia 18.03.2016, inaugurará uma nova fase denominada “Teoria da Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica” no direito brasileiro. Os artigos 133 a 137 do novo *Codex* são dispositivos que, conjugados com o artigo 50 do Código Civil, ou outros artigos de leis especiais, estabelecerão a configuração processual do incidente, como anuncia o art. 133 do NCPC, *verbis*:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

E mais: tal incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, como informa o art. 134 do NCPC.

Neste ínterim, o ramo do Direito diretamente impactado pela nova configuração processual será o Direito das Empresas, pois a sociedade empresária ou empresário coletivo, também denominada unidade econômica (sob a ótica da Economia), é pessoa jurídica de direito privado (art. 44, II, do Código Civil), que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (art. 966, CC), possuindo elemento de empresa, nos aspectos objetivo, subjetivo e corporativo, com informa Ascarelli (2007, p. 25).

Decerto, o legislador do novo CPC entendeu que há necessidade das unidades econômicas lograrem êxito na busca do lucro, para a sua manutenção e o seu desenvolvimento, mas sem se esquecerem de sua função social (art. 5º, XXI, Constituição da República de 1988 – CR/88); ou seja, o legislador ordinário ou complementar deverá também criar sanções para aqueles que abusem deste direito à iniciativa privada (art. 170, IV, CR/88). São os novos desafios da organização empresarial no Brasil.

A responsabilização daqueles que, deliberadamente, causam prejuízo a outrem, bem como a sanção de condutas fraudulentas empresariais, são uma preocupação na ordem do dia de qualquer governo, porque atos societários fraudulentos são patologias empresariais que

condicionam crises econômicas correlacionadas ao desemprego, à escassez de bens de consumo, ao desequilíbrio cambial, ao descrédito do mercado, a queda da arrecadação tributária, e outros assuntos economicamente relevantes para um país. As crises travam o desenvolvimento econômico, social e político do país.

Quanto à importância da condução saudável de uma sociedade empresária, no Brasil, a título de exemplo, a nova Lei de Falências, Lei nº 11.101, de 09.02.2005, que, no âmbito de sua pertinência temática, visa a regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, prega a observância dos princípios constitucionais da propriedade privada (inciso II, art. 170), da função social da propriedade (inciso III, art. 170), da livre concorrência (inciso IV, art. 170), da defesa do consumidor (inciso V, art. 170), e do pleno emprego (inciso VIII, art. 170), em consonância com o entendimento de que a liberdade dos sócios da sociedade empresária, visando à criação de uma sociedade empresária, pelo contrato social ou estatuto social, será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, guardando na conclusão do contrato social, bem como na sua execução, entre si ou com terceiros, os princípios de probidade e de boa-fé, como expressamente dispõem os artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002. Não destoa desta análise Diniz (2009, p. 23), comentando Lisboa, para quem:

[S]ão dentre outros, fundamentos da República Federativa brasileira: a livre iniciativa e de exercício de qualquer atividade econômica organizada, a livre concorrência; o respeito à propriedade privada e à sua exploração, observada a sua função social (CF, arts. 5º, XIII, XXIII, 170, II e IX e parágrafo único, e 186) e os valores sociais do trabalho. Por isso, o contrato ou estatuto social deverá perseguir a função econômica e a social, exigida pelo art. 421 do Código Civil, mero corolário do princípio constitucional da função da propriedade e da justiça, norteador da ordem econômica. O art. 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o para atender a interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das atividades ou das prestações e até mesmo sua resolução. E o empresário (individual ou coletivo) deverá acatar o princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), para assegurar condições mais justas na execução da atividade econômica organizada. Pela teoria da função social da empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade.

E, com acerto, afirma que:

[A] boa fé objetiva deve ser tida como modelo de conduta social em busca da economia voltada ao bem-estar geral e da melhora da atividade empresarial na obtenção de um excelente padrão de

eficiência. Eis a razão pela qual Adalberto Simão Filho afirma, acertadamente, que o empresário deve buscar um ponto de equilíbrio (“ótimo de Pareto”), obtendo o máximo de eficiência social, fazendo com que os custos sociais derivados das atividades mercadológicas sejam iguais aos benefícios sociais alcançados” (DINIZ, 2009, p. 24).

Desta forma, priorizar os estudos jurídicos sobre as responsabilidades dos sócios, administradores, sócios ou não, de fato e/ou de direito, controladores de sociedades empresárias em crise econômico-financeira, é desejável, nada obstante à complexidade do tema. Dentro desta concepção, e buscando analisar a questão no âmbito da Lei 6.830, de 22.09.1980, Lei de Execução Fiscal – LEF, a correlação dos direitos e das obrigações das sociedades empresárias e dos sócios, dos administradores e dos controladores nos leva a inferir quando é que a aplicação da “desconsideração da pessoa jurídica” (no sentido direito ou inverso) deverá ser concretizada, no caso das mencionadas sociedades não serem capazes de quitar os seus débitos, em sede de execução fiscal, mesmo que as responsabilidades dos sócios sejam limitadas ou secundariamente consideradas, no contrato ou estatuto social.

Este artigo, portanto, prioriza uma análise da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em relação aos administradores, sócios ou não, das sociedades empresárias, que sejam devedoras no âmbito de uma ação executiva fiscal.

2. A teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica

As liberdades públicas de natureza empresarial não são absolutas e devem sofrer mitigação com a incidência da regulação estabelecida no ordenamento jurídico pátrio. Efetivamente, a realidade da vida social demonstrou a falta de comprometimento ético da sociedade mundial, marcada por inúmeros momentos de explícito abandono de valores humanísticos. É o que se viu na crise econômica mundial de 2008. Como se sabe, grandes instituições empresariais, financeiras ou não, entraram em colapso, por conta de sua atuação em operações financeiras de alto risco, fruto da irresponsabilidade dos seus sócios, administradores e/ou controladores, porque *societas delinquere non potest* (um ente jurídico não pode cometer ilícito). A “mão invisível”, em 2008, não funcionou... mais uma vez.

É possível afirmar que, no segundo pós-guerra, países esfacelados pelo sofrimento material, em última análise, consequência do desvio apontado, marcaram suas Constituições com um projeto de valorização humana, plasmando nelas um catálogo de direitos e garantias fundamentais. A prática fez escola, espalhando-se pelos continentes e fazendo crer, em um

otimismo inocente, num progresso do homem. Nada obstante, a previsão normativa, conquanto generalizada, não deu vida aos anseios humanistas, daí porque, sem olvidar a importância do viés da fundamentação desses direitos (ROBLES, 2005), a falta de efetividade desses catálogos talvez tenha sido a fonte da afirmação de Bobbio (1992, p. 24), no sentido de que o problema prático dos direitos humanos (ou das liberdades públicas) não é o de sua fundamentação, mas o de sua realização (neste sentido, BARROSO, 1996).

Certo é que a CR/88 estabelece como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos II a IV), e, principalmente, a função social da propriedade (inciso XXIII, artigo 5º e inciso III, artigo 170). Portanto, a liberdade empresarial pressupõe não só direitos como também deveres, e, neste íterim, os sócios, administradores, controladores e gerentes devem empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (vide artigo 153, da Lei nº 6.404, de 15.12.1976, e artigo 1011, do Código Civil de 2002).

Vê-se, pois, que a atuação da empresa deve ser harmônica no contexto social, com a observância dos princípios e regras consagrados no Texto Magno, principalmente o direito de propriedade e sua função social, o que nem sempre, na prática, é efetuado. Impõe-se, portanto, observar as colocações de FRANCO e SZTAJN (2008, p. 282) sobre a questão em foco:

Se se leva em consideração o princípio segundo o qual a lei não contém expressões supérfluas, a conclusão é a de que a função social se restringe a um poder-dever de organizar, explorar e dispor, já que a tutela específica aos que trabalham na empresa e os deveres para com a coletividade em que a sociedade atua estão subordinados na norma de forma autônoma. Estes interesses surgem como merecedores de uma proteção específica, independente do conteúdo que se atribua à noção função social. Contudo, tendo em vista a norma do art. 170, III, da CF/1988, do conjunto de princípios ali consubstanciados decorre a compreensão do exercício deste poder-dever, de organizar, explorar e dispor, conforme os ditames da justiça econômica e social. Isto significa colaborar com os objetivos do desenvolvimento, tendo em vista aqueles princípios. Porém, a realização desses objetivos, mediante a idéia de função social da propriedade dos bens de produção, somente pode ser obtida mediante uma atuação harmônica que englobe todos os interesses eventualmente conflitantes.

E com razão, LARA (2010, p. 105), que ao analisar os aspectos correlacionados ao direito de propriedade e a sua função social, nos informa que

[Q]ualquer atividade econômica não admite apenas o atendimento a uma ou outra prerrogativa: o exercício do direito da propriedade ou cumprimento da função social. O instituto jurídico da

propriedade, como fundamento da ordem econômica, exige compatibilização do respeito à autonomia individual na gestão do objeto da propriedade e, ao mesmo tempo, exige que o direito de propriedade individual seja exercido de forma a atender a sua função social de aumento da riqueza

Ou seja, é possível afirmar que as normas de direitos fundamentais, individuais e coletivos padecem (ou parecem padecer, tendo em vista os casos concretos no Poder Judiciário) de mal que assola o direito como um todo: a carência de efetividade. Pode-se dizer que os direitos fundamentais se inscrevem no panorama de crise do direito, não se revelando exceção a ela, mesmo diante do relevo e papel de destaque que ocupam no seu âmbito. E essa crise se projeta mais palpável naqueles países que, como o nosso, ostentam um quadro de modernidade tardia, especialmente se considerarmos a categoria dos denominados direitos sociais fundamentais (BARROSO, 2006).

A teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade da pessoa jurídica tem a sua essência de criação na constatação de que, em determinadas situações ou casos, a responsabilidade dos administradores, sejam eles sócios ou não, da sociedade empresária, em situação de crise econômico-financeira (pré-insolvência mercantil), deve ser ampliada ou estendida, tendo em vista os princípios da proteção aos credores e da paridade entre eles, bem como a existência de provas que demonstram a utilização da sociedade, pelos sócios, para fins contrários ao objeto social ou o desvio de bens sociais, porque a garantia dos credores é o patrimônio do devedor.

A importância de se avaliarem as responsabilidades em relação às dívidas sociais se embasa no entendimento de que

No plano das relações jurídicas econômicas, ou seja, aquelas que têm expressividade pecuniária – faculdades que podem ser quantificadas em dinheiro –, a idéia de cumprimento das obrigações leva à afirmação de uma necessária solvabilidade do patrimônio do devedor: é preciso haver bens e direitos em valor suficiente para permitir o pagamento das obrigações (as dívidas), no momento em que essas estejam vencidas. (MAMEDE, 2008, p. 6).

Portanto, existindo uma correlação direta entre as dívidas e os bens do devedor, impõe-se analisar as responsabilidades daqueles pelas dívidas sociais e de que forma essas dívidas serão quitadas. Como bem assevera ALVES (2001, p. 273):

A desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica é um instrumento de correção dos desvios de finalidade da pessoa jurídica. Através dela o juiz pode reparar os atos emulativos causados por aqueles que se serviram da autonomia e capacidade próprias do ente moral para auferir vantagens injustas ou ilícitas.

O intuito, portanto, de aplicação da teoria da desconsideração é atingir o patrimônio dos administradores do empresário coletivo, gestor da empresa, sejam eles sócios ou não, que, no uso de suas atribuições, ou extrapolação destas, venham a causar prejuízo não só à sociedade empresária insolvente, mas também a terceiros, em comprovado abuso da personalidade jurídica, por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, pois

[A] teoria da desconsideração da personalidade jurídica preconiza, em síntese, o seguinte: quando os próprios sócios, pelo seu comportamento, desconsideram a norma segundo a qual *societas distat a singulis* e a personalidade jurídica da sociedade, misturando negócios pessoais com os societários, prejudicando credores, nada deve impedir que o Poder Judiciário proceda da mesma forma, com o intuito nobre de proteger os mesmos credores. (CORRÊA-LIMA, 2006, p. 69)

3. A responsabilidade da sociedade empresária e a responsabilidade dos administradores, sócios ou não, com a observância dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos (liberdades públicas)

No cotidiano, há interesses, tarefas e empreendimentos que demandam um enorme esforço, social, financeiro e econômico, que praticamente não podem ser realizados por um indivíduo, uma pessoa, ou um pequeno grupo de pessoas. Há necessidade de comunhão de recursos humanos, materiais e imateriais para que determinado empreendimento cumpra sua finalidade, visando a lucro ou não, com impacto na sociedade, em âmbito local, regional, nacional ou até mesmo internacional.

Atribui-se, então, a um grupo de pessoas, ou a um patrimônio, a possibilidade de atuar em prol de objetivos (pré)determinados, superando as limitações inerentes à pessoa humana. A atuação terá consequências não só econômicas, mas antes de tudo, jurídicas. Criase, então, um ente distinto das pessoas que o criaram.

Como é cediço, os romanos entendiam que um grupo de pessoas (físicas) conjugado com o patrimônio destinado por elas para a realização de um empreendimento que não poderia ser feito tão-somente por um indivíduo não se constituía em um ente isolado, distinto das pessoas que se uniram para a realização de tal empreendimento. Não era uma entidade abstrata, isto é, outra “pessoa”.

Em tempos modernos, essa “pessoa” é uma realidade fática e jurídica. A pessoa jurídica é, portanto,

[A] unidade de pessoas naturais (sociedade), ou de patrimônios (fundação), que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações. Três são os seus requisitos: organização de pessoa ou de bens; liceidade de propósitos ou fins e capacidade jurídica reconhecida por norma. (DINIZ, 2009, p. 138/139)

As sociedades empresárias são pessoas jurídicas de direito privado (inciso II, artigo 44, CC), sendo considerada empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário (artigo 966, CC), o qual se sujeita à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, i.e., na Junta Comercial (artigo 967, CC).

A sociedade empresária, portanto, por premissa básica, é detentora de direitos, mas também há de observar suas obrigações para com a comunidade em geral, onde esta unidade econômica¹ está inserida, especialmente com os seus trabalhadores, os seus clientes-consumidores, os seus credores e o Estado-Fisco.

Como é cediço, a partir do seu registro, aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, conforme estabelece o Código Civil no artigo 52, a proteção dos direitos da personalidade (artigos 11 a 21 do CC – i.e., patrimoniais ou reais, industriais, obrigacionais e à sucessão). Aqui, assumimos, em análise preliminar, que tal registro perdura até a concretização da dissolução *lato sensu* da sociedade empresária², isto é, com a extinção da unidade econômica, e, dentre as causas de extinção, por exemplo, tem-se a falência (art. 1087 do CC e alínea “c”, inciso II, artigo 206 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976). Neste contexto, pode-se afirmar, ainda que em cognição sumária, que o encerramento da liquidação, uma das fases da dissolução *latu sensu*, não extingue a personalidade jurídica, em caso de falência.

Portanto, sem adentrarmos nas teorias que permeiam a afirmação, entendemos que as sociedades empresárias, na qualidade de pessoas jurídicas, possuem a aptidão, tais quais as pessoas naturais, de exercerem direitos e deveres na ordem jurídica brasileira, exigindo direitos inerentes a sua pessoa, como, por exemplo, a proteção de seu nome, e contraindo obrigações em relações jurídicas, ao que se denomina personalidade jurídica, e adquirem-na com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (art. 985, CC).

¹ O conceito que ora usamos, neste ponto, mais uma vez, é o econômico. Sob a ótica jurídica, sociedade empresária.

² O Professor Dr. Osmar Brina Corrêa-Lima, em sua obra *Sociedade Limitada*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2006, nos chama a atenção para a confusão que surge na interpretação do artigo 1087 do Código Civil, o qual compõe o que ele denomina de “Regulamento da Sociedade Limitada”. O insigne professor nos ensina que dissolução *latu sensu* é um procedimento, que se inicia com a dissolução *strictu sensu*, passando pela liquidação (fase intermediária), e se encerra com a extinção da sociedade (págs. 167 e seguintes da mencionada obra).

Mas há limitações: a capacidade da pessoa jurídica decorre, por consequência lógica, da personalidade conferida pela ordem jurídica à pessoa jurídica, por ocasião do seu registro. Então, tendo em vista a finalidade para a qual foi criada, bem como as delimitações constitucionais³, legais e contratuais, a pessoa jurídica possui capacidade limitada. Falta-lhe, por exemplo, titularidade em direito de família. Não pode praticar atos sem um representante. Por essa razão, ao nosso sentir, as pessoas jurídicas são incapazes de fato.

Sem se pretender justificar, neste momento, de forma mais contundente, tal afirmação decorre desta incapacidade [de fato]: são os administradores que realizam os atos da sociedade empresária (artigos 47 a 49, do CC e inciso VI do artigo 12 do CPC).

Os administradores destas sociedades empresárias, sócios ou não-sócios, obrigam as mencionadas sociedades pelos seus atos, os quais, é o que se espera, serão exercidos nos limites dos poderes dos administradores definidos no ato constitutivo (contrato ou estatuto social), *ex vi*, artigo 47 do CC.

Aliás, trata-se, como já externado alhures, de imperativo constitucional, porque esses atos empresariais dos administradores, ainda que não seja o momento para firmar qualquer convencimento, deverão observar a função social da empresa (corolário da função social da propriedade – inciso XXIII, artigo 5º e inciso III, artigo 170, ambos da CR'88), a plena liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII, artigo 5º da CR'88), a valorização do trabalho humano (com a busca do pleno emprego) e da livre iniciativa (artigo 170, *caput*, da CR'88), a livre concorrência (inciso IV, artigo 170, CR'88, e neste ponto, a lealdade e probidade na concorrência), os direitos do consumidor-cliente (inciso V, artigo 170, CR'88), contribuir para a arrecadação tributária (art. 150, CR'88) e a defesa do meio ambiente (inciso VI, artigo 170, CR'88).

A observância dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, estabelecidos por intermédio de regras e princípios constitucionais, nos negócios jurídicos de natureza privada, se apresenta como um tópico necessário e obrigatório, a fim de validar os atos das sociedades empresárias e garantir o respeito a determinados direitos da pessoa jurídica e de seus administradores, sócios ou não sócios, os quais, no comando de tais sociedades, realizam negócios jurídicos mercantis.

É importante dizer que, não adentraremos, por limitação do texto do artigo, na teoria do administrador de *facto*, da teoria dos atos *ultra vires* e a teoria da aparência, tendo em vista

³ V. os artigos 176, 190 e 222 da Lei Fundamental da República de 1.988.

a responsabilidade do administrador pelos atos empresariais, apesar de tais teorias estarem, umbilicalmente, ligadas à teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.⁴

Portanto, é possível afirmar, sem necessidade de adentrarmos mais profundamente na questão, que, ao longo da vida da sociedade empresária, haja uma colisão entre os direitos e garantias da pessoa jurídica empresarial e de seus administradores (sócios ou não-sócios) com os direitos e garantias, individuais ou coletivos, dos trabalhadores da empresa, dos seus clientes-consumidores, dos seus credores e do fisco.

No Brasil, em face da nova concepção acerca dos direitos fundamentais, incorporada ao Direito Constitucional Positivo atual, a Constituição elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, como já frisado, os princípios constitucionais da propriedade privada (inciso II, art. 170), da função social da propriedade (inciso III, art. 170), da livre concorrência (inciso IV, art. 170), da defesa do consumidor (inciso V, art. 170), e do pleno emprego (inciso VIII, art. 170).

É neste contexto que devemos avaliar a responsabilidade da sociedade empresária e a responsabilidade dos sócios, administradores e controladores, tendo em vista suas condutas, com especial análise no âmbito da execução fiscal, como proposto no título do artigo. Portanto, é possível que os atos dos sócios, dos administradores ou dos controladores contrariem não só o disposto nas regras contratuais (ou estatutárias) da sociedade empresária ou nos dispositivos legais, mas principalmente o disposto no texto constitucional de 1988, em relação às suas regras, e principalmente, aos seus princípios.

De fato, tanto a doutrina como a jurisprudência pátrias asseveram que há uma forte subjugação dos interesses privados ao interesse público em todos os ramos do Direito, não sendo diferente no Direito Empresarial, pois que:

[V]erifica-se a cada dia a crescente absorção do direito mercantil pelo direito público, com a interferência da vontade estatal nos interesses privados. Assim, com o intuito de regular a atividade econômica organizada, o Estado impõe normas quanto à criação de fundos reservas das sociedades anônimas, à contabilidade em relação à elaboração dos balanços patrimoniais, à autorização governamental referente às atividades securitárias e de instituições financeiras, entre outras. O Estado participa das chamadas sociedades de economia mista como se fosse uma pessoa de direito privado, auferindo lucros. O Estado edita normas drásticas visando a restringir a vontade das partes nos

⁴ Sobre tais teorias, CORRÊA-LIMA nos informa que “*algumas manifestações de estudiosos parecem apontar para a conclusão de que, em virtude do disposto no parágrafo único do artigo 1.015 do Código Civil, não mais se aplicam à sociedade limitada a teoria da aparência, a teoria do administrador de facto e a moderna teoria ultra vires. Essas manifestações parecem partir do pressuposto de que uma teoria somente pode ser aplicada pelo Poder Judiciário se expressamente convertida em artigo de lei. Contudo esse não é um pressuposto sólido.*” (in Sociedade Limitada, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, págs. 71/72)

contratos, procurando estabelecer equilíbrio entre os contratantes e interferindo diretamente nas relações privadas. O Estado intervém na direção da economia e impõe sua vontade; emite normas relativas a todos os tipos de transportes, visando aos interesses da coletividade; fixa salários, tabela preços, controla o comércio interno e o externo, entre outras interferências.” (CASTRO, 2007, p. 4)

E, tendo em vista a consideração inicial sobre a incapacidade de fato das sociedades empresárias, com dito alhures, são os administradores que realizam os seus atos [da sociedade empresária] (artigos 47 a 49, do CC e inciso VI do artigo 12, do CPC), e, por esta razão, no caso de apuração de responsabilidades, há necessidade de se aferir a licitude dos atos sociais, praticado pelos administradores; a partir de sua responsabilização, passa-se à verificação das medidas judiciais pertinentes, no âmbito do processo executivo fiscal, para sanar os débitos sociais e pessoais existentes de natureza tributária.

4. A aplicação da teoria da desconsideração no âmbito da ação executiva fiscal em face dos administradores das sociedades limitadas

Em princípio, os devedores que exercem atividade econômica de forma empresarial, isto é, os empresários, são legitimados passivos de uma ação executiva fiscal se em débito com o Fisco, conforme preceitua o inciso I, art. 4º, da Lei nº 6.830/1980 (LEF), após apuração do *quantum debeatur* (artigo 202, inciso II, do Código Tributário Nacional – CTN) em sede de procedimento administrativo fiscal. A diferença entre os empresários e os demais exercentes de atividade econômica não reside no tipo de atividade explorada, mas na forma com que a exploram. Muitas atividades de produção ou/e circulação de mercadorias ou serviços podem ser exploradas empresarialmente ou não (REQUIÃO, 2009, p. 80/82). A diferença está focada na parte final do parágrafo único, do artigo 966 do Código Civil: o elemento de empresa. Se a sociedade se estrutura, possuindo elemento de empresa, será empresária. Ou seja,

[O] trecho final do parágrafo único [artigo 966] considera empresariais atividades que, embora decorrentes de profissão intelectual, contenham elemento de empresa. Portanto, apenas o exercício das atividades exclusivamente intelectuais está excluído do conceito de empresa. (LIMA, 2009, p. 4)

É importante ressaltar que a sociedade empresária não se confunde com a figura dos sócios, sejam eles administradores ou não. Sócio, pelo Código Civil de 2002, não é

empresário⁵. Empresário é a sociedade empresária ou o empresário individual, ambos registrados na Junta Comercial (ou, como quer o *Codex*, Registro Público de Empresas Mercantis). Os sócios são empreendedores.

Também é juridicamente equivocado chamar o empresário de empresa:

O empresário é a pessoa física ou jurídica, sujeitos personalizados de direitos e deveres. A empresa, por seu turno, mesmo considerada um ente autônomo, não é sujeito, mas um objeto de relações jurídicas, embora não se confunda com o complexo de bens organizados para o seu exercício, ou seja, embora não se confunda com o estabelecimento. (MAMEDE, 2008, p. 7)

Em se tratando de sociedades empresárias em processo executivo fiscal, consoante o CTN e o Código Civil (CC), o juiz pode aferir as mencionadas condutas ou atos praticados pelo(s) administrador(es), em conformidade com o ordenamento jurídico, em especial com os direitos e garantias, individuais ou coletivos, possibilitando ou não a manutenção da autonomia societária, conforme se infere da interpretação combinada dos artigos 135, do CTN e art. 50 do CC. Inclusive, tal análise judicial passa pela existência ou não de regulação legal, que sancione as condutas ilícitas dos sócios, administradores e controladores.

Observe que há necessidade do Fisco demonstrar, por provas robustas, que os administradores, sócios ou não, representantes legais do empresário coletivo, sócios tenham praticado atos societários com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, como por exemplo, desvio de finalidade em relação ao objeto social ou confusão patrimonial (art. 50, CC), de sorte a torná-los pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, que ora resultam de tais atos (art. 134 com combinação do 135 do CTN). Ou seja, não se está ponderando a responsabilidade patrimonial secundária dos sócios (artigo 592, do CPC), nem a aplicação do benefício de ordem do artigo 596, CPC, na execução dos seus bens (inciso VII, art. 790, do NCPC). O que se realiza é a aplicação do incidente processual da Teoria da desconsideração no âmbito da ação executiva fiscal, seja direta ou inversamente (§2º, art. 133 do NCPC).

À luz do NCPC, tal incidente, poderá ser aferido, conforme os artigos 133 a 138, se, voluntariamente, os sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores da sociedade empresária executada praticaram atos ilícitos, os quais ocasionaram efeitos

⁵ Exceto, por óbvio, se eles possuírem firma individual, registro na Junta Comercial como empresário individual, ou se eles forem sociedades empresárias, com denominação ou razão (firma) social, como é o caso concreto de várias S/A's e Ltdas. no Brasil.

jurídicos, mas contrários ao ordenamento. Ato voluntário, como sabemos, é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil.

Conforme o art. 134, do NCPC, o incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Portanto, será cabível sua aplicação no âmbito do processo executivo fiscal, por força do art. 1º da Lei 6.830/1980, que manda aplicar, subsidiariamente a lei processual geral, e porque a certidão de dívida ativa é um título executivo extrajudicial, conforme preceitua o art. 585, VII do atual CPC ou o art. 784, inciso IX do NCPC.

É importante ressaltar que o incidente de descon sideração da personalidade da pessoa jurídica pode ser requerido em petição inicial da ação executiva fiscal ou, na interpretação da norma processual, durante o desenvolvimento do processo executivo judicial fiscal (§2º, art. 134, NCPC). É interessante observar que o sócio ou o representante legal da sociedade empresária será citado, e não intimado, suspendendo o processo executivo (§3º, art. 134, com combinação do art. 135, todos do NCPC).

O segundo pressuposto para a aplicação do art. 50, CC é se há culpa civil em sentido amplo, a qual abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo, mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (v. artigo 186, CC), porque se trata de responsabilidade civil subjetiva, uma vez que, entre nós, a responsabilidade objetiva decorre de norma legal expressa (v.g. CDC) ou da análise da atividade pelo julgador, conforme §único, art. 927, do CC.

É possível ainda que os atos (negócios) ilícitos praticados pelos administradores, sócios ou não, no comando da sociedade empresária, sejam não só censuráveis pela legislação civil, como pela legislação penal. Neste caso, a condenação dos sócios, administradores ou controladores na esfera penal repercute os efeitos na esfera civil, porque como dito

[A] ilicitude pode ser civil ou penal. Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio a responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91, I do Código Penal, 63 do CPP e 584, II do CPC. As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64, do CPP, art. 935 do Código Civil). De outro modo, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer culpa, por exemplo, não tem influência na

ação indenizatória que pode revolver autonomamente toda a matéria em seu bojo. (VENOSA, 2009, p. 18)

Em se tratando de incidente de desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica, há que se verificar a existência de culpa, se o ato voluntário praticado pelos réus (administradores, sócios com responsabilidade limitada, controladores) é ilícito, e se ocasionou um dano. É o terceiro pressuposto. O dano consiste em um prejuízo sofrido por uma pessoa, atingindo suas liberdades públicas. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico ou não econômico. No caso da ação executiva fiscal esse dano é presumido, porque não houve o recolhimento dos tributos que estão sendo cobrados, gozando a certidão da dívida ativa de certeza e liquidez, conforme informa o art. 3º da LEF e o 204 do CTN.

Além disso, é imprescindível apurar a relação de causalidade (nexo causal) entre a conduta ilícita e o resultado danoso. É o quarto pressuposto da responsabilidade civil.

No âmbito do processo executivo fiscal, a exclusão da responsabilidade do administrador, sócio ou controlador, a ser aferida pelo juízo da execução fiscal, deve ser feita em rigorosa análise. Conforme preceitua o §2º, do art. 4º da LEF, no âmbito da responsabilidade, se aplicam as normas de natureza cível e comercial, e são excludentes de responsabilidade que impedem que se concretize o nexo causal: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior, e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. No caso da responsabilidade fiscal, como exemplo de excludente de responsabilidade, se aponta a não concordância do sócio na prática de atos ilícitos que visem o não recolhimento de tributos, ressaltando tal situação em ata de reunião ou assembleia dos sócios ou por carta. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução (§3º, art. 792, NCPC), será ineficaz em relação ao requerente, de acordo com o art. 137 do NCPC.

Observe-se que o incidente de desconconsideração é resolvido por decisão interlocutória, e não por sentença, como informa o art. 136 do NCPC, apesar da determinação legal de se iniciar uma relação jurídica-processual com os sócios, haja vista que o art. 135, do NCPC diz que o sócio ou o administrador da empresa será citado. A decisão desafia, no caso, agravo de instrumento, de acordo com o inciso IV, art. 1015, do NCPC.

Ainda, conforme o NCPC, no âmbito da ação executiva fiscal, e em análise perfunctória, plenamente cabível no processo principal e em outros processos autônomos, como incidente processual, o juiz da execução fiscal poderá, de ofício ou mediante

requerimento do Fisco, ordenar a indisponibilidade de bens (construção judicial para assegurar a efetividade de medida judicial futura, com a observância dos requisitos: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) particulares dos administradores, sócios ou não, em quantidade compatível com o crédito cobrado na ação executiva, até o processamento final do incidente. Terceiros que não façam parte do processo e se sintam prejudicados, tanto no incidente de descon sideração, quanto no de indisponibilidade de bens, poderão buscar a revogação da decisão por intermédio dos embargos de terceiros, *ex vi*, art. 1046 do atual CPC ou inciso III, art. 674 do NCPC.

Decerto, a personalidade da pessoa jurídica, distinta dos sócios, administradores e controladores, como é o caso da sociedade empresária devedora, não pode servir de empecilho para que se atinjam os bens particulares dos sócios, administradores e controladores que com seus atos prejudicaram terceiros ou ao contrário: que não havendo bens pessoais dos sócios com responsabilidade limitada, administradores e controladores, desconsidere, inversamente, os bens da sociedade devedora ou de outras sociedades não-falidas vinculadas (p.ex. empresas-filhotes). Inclusive, tal situação, sob a ótica econômica, viola a eficiência paretiana, pois há prejuízo aos credores da sociedade empresária, tendo em vista que, em regra, há uma melhora da situação econômica pessoal daqueles agentes que deram azo ao mencionado prejuízo.

Veja-se, portanto, que a aplicação da mencionada teoria, no âmbito da ação executiva fiscal, conforme asseverado anteriormente, sob as hipóteses estabelecidas, não deve ser feita como se fosse um remédio jurídico a fim de atender a toda e qualquer situação de malbarateamento das liberdades públicas, em especial o direito da Fazenda Pública obter os recursos fiscais não pagos pelos contribuintes.

5. Natureza da dívida cobrada na execução fiscal e os possíveis conflitos entre a Lei de Execução Fiscal e o Novo Código de Processo Civil.

Outro ponto que merece destaque na análise ora desenvolvida diz respeito à natureza da dívida cobrada na execução fiscal e os possíveis conflitos aparentes de normas entre a Lei de Execução Fiscal (LEF) e o Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Como já ocorria em relação ao CPC de 1973, tanto o Códex Processual quanto a LEF ditam regras relativas ao processo de execução, o que pode resultar em conflito quando as normas resultantes dos dispositivos das referidas leis impõem condutas contraditórias. Como é sabido, estes conflitos são aparentes, e podem ser resolvidos pelo critério da especialidade

(*lex specialis derogat lex generalis*). A grande questão, entretanto, é definir o que invocaria a aplicação da norma especial – a LEF – em detrimento da aplicação do NCPC.

O próprio art. 1º da LEF indica a aplicação subsidiária do CPC, mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema não traz uma orientação precisa. Por exemplo, quando confrontando a exigência de declinação do CPF do devedor na petição inicial da execução fiscal, exigida genericamente pela Lei nº 11.419 de 2006 (Lei de Informatização do Processo Judicial), o STJ firmou entendimento em recurso repetitivo pela especialidade da LEF, e, portanto, pela desnecessidade da referida indicação.⁶ Na questão da penhora de imóvel profissional, o STJ, também em julgamento de recurso repetitivo, afastou a limitação contida no art. 649, V, do atual CPC, para privilegiar a aplicação do art. 11, § 1º, da LEF,⁷ no entanto, quando se tratou de aplicar a norma prevista no art. 655-A do CPC (utilização do Sistema BACEN-JUD), entendeu que deveria haver prevalência desta em detrimento da ordem de penhora da LEF, pois, “consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo”, evitando assim “colocar o credor privado em situação melhor que o credor público”.⁸ No caso dos embargos, o STJ determinou a aplicação do art. 739-A, § 1º, do atual CPC, afastando a suspensão automática da execução,⁹ mas afastou a aplicação do art. 736 do mesmo código, que dispensava a garantia do juízo para interposição de embargos, considerando prevalecer a LEF.¹⁰ Deste emaranhado, o único guia mais ou menos coerente que podemos extrair é que o CPC se aplica no vácuo regulatório da LEF, ou seja, havendo disposição específica, esta lei especial prevalecerá sobre o Código Processual.

Outro ponto que merece cuidado é a natureza da dívida em questão. No tocante à dívida tributária, a jurisprudência do STJ se pacificou por um método mais simplificado de desconsideração da personalidade jurídica. Conforme súmula 435 do STJ, “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal

⁶ Vide STJ, REsp 1450819/AM, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 12/12/2014.

⁷ Vide STJ, REsp 1114767/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010.

⁸ Vide STJ, REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

⁹ Vide STJ, REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013.

¹⁰ Vide STJ, AgRg no REsp 1516732/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 05/08/2015.

para o sócio-gerente”. Trata-se, obviamente, de uma presunção relativa, mas que sem sombra de dúvidas facilita sobremaneira a tarefa do credor público, se compararmos à sistemática do incidente de desconsideração previsto no NCPC, acima exposto.

Esta súmula, todavia, fundamenta-se no art. 135, III, do CTN, conforme os precedentes que levaram à sua formação.¹¹ O art. 135 do CTN, que qualifica os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado como pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, entretanto, só é aplicável às execuções fiscais de créditos tributários. Tratando-se de cobrança de débito não tributário, não se aplicam as normas tributárias de responsabilização dos sócios, e, por conseguinte, seia inaplicável a súmula 435 do STJ. Neste sentido, “as regras previstas no CTN aplicam-se tão-somente aos créditos decorrentes de obrigações tributárias, por isso que multas administrativas não ensejam o pedido de redirecionamento fulcrado no art. 135 do CTN”.¹²

Por outro lado, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser reconhecida em execução fiscal de dívida não-tributária, nos termos do art. 50 do Código Civil, quando se visualiza desvio da finalidade ou confusão patrimonial com o fim de fraudar a lei. Como vimos, nessa hipótese, porém, não basta a simples comprovação do encerramento da empresa. Diferentemente do caso do art. 135 do CTN (e da súmula 435 do STJ), a responsabilização pelo art. 50 do Código Civil requer a comprovação do fim fraudulento.

Embora houvesse divergência no âmbito do STJ sobre o alcance da responsabilização decorrente do art. 50 do Código Civil, o dissídio jurisprudencial foi pacificado pela Segunda Seção do STJ, no julgamento do EREsp 1306553/SC, em dezembro de 2014, quando se decidiu que o encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

Conforme o voto da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, relatora do Acórdão:¹³

[A] ausência de intuito fraudulento ou confusão patrimonial afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação da disregard doctrine . A Quarta Turma já se

¹¹ Vide RSTJ vol. 218 p. 703.

¹² Vide STJ, AgRg no REsp 1.198.952/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 16/11/10.

¹³ Vide STJ, EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014.

pronunciou a respeito do tema, em acórdão de minha relatoria, no qual não só se afastou o simples encerramento da sociedade como causa para a desconsideração de sua personalidade, como ficou assentado que outros eram os fundamentos jurídicos que levaram a Primeira Seção desta Corte à edição do enunciado n. 435, quais sejam, os preceitos contidos no Código Tributário Nacional, como já mencionado supra. [...]Não se quer dizer com isso que o encerramento da sociedade jamais será causa de desconsideração de sua personalidade, mas que somente o será quando sua dissolução ou inatividade irregulares tenham o fim de fraudar a lei, com o desvirtuamento da finalidade institucional ou confusão patrimonial.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.
2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.
3. Embargos de divergência acolhidos.

Não obstante, naquele mesmo ano de 2014, a Primeira Seção do STJ, apresentou uma interpretação exatamente oposta do art. 50 do CC, ao entender pela desnecessidade de prova de desvio de finalidade e uso fraudulento da pessoa jurídica, aplicando a Súmula 435 daquele Tribunal às execuções fiscais de dívidas não-tributárias:¹⁴

É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da

¹⁴ Vide STJ, REsp 1371128/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014.

sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

Podemos constatar, então, que, embora uma construção científica do ordenamento jurídico indique maior coerência na aplicação das regras do NCPC ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais, existe uma tendência, que não pode ser ignorada, no sentido de que o STJ venha a afastar a aplicação dessas regras, apesar de não haver normas específicas sobre desconconsideração da personalidade jurídica na LEF. Caso o STJ assim proceda, haverá uma inequívoca fragilização da garantia prevista no novel Código de Processo Civil, alterando o equilíbrio tão cuidadosamente desenhado pelo legislador entre exigibilidade do crédito público e as liberdades fundamentais.

6. Considerações finais

O estudo a que nos propomos – a aplicação da Teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica, de forma direta ou inversa, no âmbito do processo executivo fiscal pátrio, com a observância aos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista a responsabilização [cível] dos sócios, administradores e controladores – , parte da premissa de que o direito privado, em especial no tocante à liberdade empresarial, é afetado pelo constitucionalismo pós-moderno, haja vista subsunção das sociedades empresárias ao *Welfare State*, que está centrado nos direitos fundamentais e na sua efetividade, como bem nos alerta BONAVIDES (1997, p. 539).

Esse câmbio de perspectiva é confirmado por CANOTILHO (1998), no sentido de que o Estado de Direito, que só é de direito se for democrático e vice-versa, encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional, notadamente os pertinentes ao regime garantístico dos direitos e liberdades, bem como a reserva de lei quanto a este temário. No seu conjunto, ressalta o autor que “estes

princípios e regras concretizam a idéia nuclear do Estado de Direito – sujeição do poder a princípios e regras jurídicas -, garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança do poder” (CANOTILHO,1998, p. 224)

Portanto, ao analisarmos a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica da sociedade empresária no âmbito da ação de execução fiscal da Lei 6.830/1980, para solucionar os créditos tributários não pagos, tendo em vista os atos praticados por seus administradores, sócios ou não, nefastos à empresa e/ou a terceiros, é visar a Constituição, o Estado e a Sociedade no ângulo do Estado Democrático de Direito, com a observância dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, em especial, os direitos patrimoniais do próprio Estado (Fisco), como credor, para cumprir as políticas públicas e garantir os direitos fundamentais, nos aspectos positivo e negativo.

Há necessidade, contudo, de se observar o regramento processual da Lei nº 13.105, de 16.03.2015, o novo Código de Processo Civil, com a observância dos requisitos do artigo 50, do CC, haja vista que o art. 135 do CTN diz que os sócios e administradores da empresa 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. É ônus do Fisco demonstrar os requisitos do art. 50 do CC, em observância ao que estabelece o §2º, do art. 4º da LEF.

Não obstante, alertamos neste trabalho que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos indica que aquele Tribunal pode chegar a conclusão diversa, notadamente quanto às dívidas tributárias – mas também quanto às de natureza não-tributária – fragilizando a garantia prevista no novel Código de Processo Civil.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica: doutrina e jurisprudência**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1998.

_____. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-278.

ANDRADE F, Edmar Oliveira. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**. São Paulo: MP, 2005.

ASCARELLI, Túlio. **Panorama do Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Minelli, 2007.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991

CAPUTO, **Inoponibilidad de La Personalidad Juridica Societária**. Espanha: ASTREA, 2006.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade Limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Sociedade Anônima**. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade Anônima**. Editora Aide, 1989.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. **Manual de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- DINIZ, Gustavo Saad. **Falência e problemas de desconsideração de personalidade jurídica.** *Revista Magister de Direito Empresarial*, nº 31, Fev-Mar/2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, volume 08 – Direito da Empresa.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARIA, Maurício; MARQUES, Jader. **Desconsideração da Personalidade Jurídica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Raquel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise. Comparação com as posições do Direito Europeu.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica.** São Paulo: Atlas, 2009.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. **Propriedade Intelectual – Uma abordagem pela análise econômica do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- LIMA, Sérgio Mourão Corrêa *et Alli.* **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas – Lei nº 11.101, 09.02.2005.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro, Falência e Recuperação de Empresas.** 2. ed. Ed. Atlas, 2008. V. 4.
- PEGORARO, Luiz Nunes. **Desconsideração da Personalidade Jurídica.** São Paulo: SERVANTA, 2010.
- REALE, Miguel. **Novo Código Civil Brasileiro – conferência intitulada “Visão Geral do Código Civil”.** 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** São Paulo: Manole, 2005.
- SILVA, Alexandre Couto. **A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica – Aspectos Processuais – Coleção Direito e Processo.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral.** 9. ed. São Paulo: ATLAS, 2009. V. 3.
- _____. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: ATLAS, 2009. V. 4.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios,**

diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.