

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Jorge de Oliveira Vargas

Mestre, Doutor e Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Professor Universitário (UTP, Unibrasil e Opet), e membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Giuliano di Carlo Tambosi

Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

RESUMO

Este artigo trata da necessidade de se observar o devido processo legal no redirecionamento da execução fiscal para o sócio, de maneira especial do contraditório prévio. O novo CPC traz o incidente de desconsideração da pessoa jurídica e a vedação de decisão sem o prévio contraditório, ainda que se trate de questão de ordem pública. Existem opiniões em ambos os sentidos, ou seja, da aplicabilidade ou não desse instituto nas execuções fiscais. É um tema que merece ser aprofundado.

Palavras chaves: redirecionamento da execução fiscal; Prévio contraditório; Devido processo legal.

ABSTRACT

This article deals with the need to observe the due process of law in redirecting the tax execution to the partner, especially observing the previous contradictory. The new CPC brings the incident of disregard of the legal entity and the fence of decision without the prior contradictory, even if it is a question of public order. There are opinions in both senses about the applicability, or not, of this institute in tax executions. It is a topic that deserves to be deepened.

Keywords: Redirection of tax execution; Prior contradictory; Due process.

O novo Código de Processo Civil, preocupado com a garantia da observância do direito constitucional ao contraditório, consagrado no art. 5º, LV da Constituição Federal, veio dar especial atenção a esse tema ao dispor no art. 9º que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, com as exceções ali previstas. Também no art. 10 prevê que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Note-se que nem sobre matéria que o juiz possa decidir de ofício fica dispensado o prévio contraditório.

A finalidade deste artigo é tratar da aplicabilidade ou não do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, disciplinado nos arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil, no redirecionamento ao sócio em execuções fiscais.

Diz o art. 135:

Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Por sua vez o art. 136 dispõe que “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”.

Ou seja, o redirecionamento para o sócio não pode ser direto; há necessidade do prévio contraditório. Só depois de citado o sócio e ser-lhe garantida a ampla defesa é que haverá uma decisão para o redirecionamento, se for o caso.

O art. 135, III do Código Tributário Nacional diz que: “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A respeito é de se destacar duas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, a 430, que diz: “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”, e a 435, onde “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 para o sócio-gerente”.

Tais enunciados são constantemente invocados nas execuções fiscais. O primeiro deles, ou seja, a Súmula 430 afasta a tese por muito tempo defendida pela Fazenda Pública de que o mero inadimplemento da obrigação tributária caracterizaria infração da lei, para os fins do art. 135 do CTN. O segundo é o que tem justificado o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, sob o argumento de que a dissolução irregular da empresa caracteriza infração da lei para os fins do citado art. 135.

Entretanto esta Súmula, a de n. 435, tem que ser interpretada de acordo com a Constituição Federal e as normas fundamentais do novo Código de Processo Civil, principalmente com os citados arts. 9º e 10 desse novel diploma, o que significa dizer que para haver o redirecionamento com base nessa Súmula, não pode ser afastado o prévio contraditório, pois o contraditório diferido, que seria, segundo alguns, exercício por ocasião dos embargos do executado, só é permitido em situações excepcionais, devidamente previstas em lei, o que não é o caso.

Ora, se pelo princípio constitucional do contraditório e o pelo da não surpresa, não se admite uma decisão que afeta a uma das partes, sem o prévio contraditório, com maior razão é de ser este observado em relação a quem não é parte no feito.

Portanto, nos termos da citada Súmula, mostra-se legítimo o redirecionamento, desde que seja constatada a presença de indícios suficientes, bem como observado o prévio contraditório do sócio.

Há ainda uma outra polêmica a respeito do redirecionamento, é em relação a qual sócio gerente a execução fiscal deve ser redirecionada: para aquele que exercia a função de gerente quando da constituição do crédito tributário ou para aquele que exercia essa função

quando a empresa foi irregularmente dissolvida. Nesse sentido o Recurso Especial n. 1.377.019-SP da relatoria da Ministra Assusete Magalhães:¹

A questão tratada nos autos, relativa à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gerência da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária, revela caráter representativo de controvérsia de natureza repetitiva, razão pela qual afeto o julgamento do presente Recurso Especial à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 e seguintes do C`C/2015.

Assim, por mais esse aspecto se vê a necessidade da prévia análise para quem o redirecionamento deve ser feito: para o sócio-gerente da data do surgimento do crédito tributário ou aquele que exercia tal função quando da dissolução da sociedade. Essa questão deve exigir um prévio pronunciamento jurisdicional a respeito.

Por outro lado, não se pode esquecer que antes do deferimento do redirecionamento da execução, há necessidade de ficar demonstrado que os créditos em execução correspondem a obrigações tributárias que resultaram de atos praticados pelo sócio com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, conforme diz a cabeça do art. 135 do Código Tributário Nacional. Ou seja, no pedido de redirecionamento deve constar, de maneira clara qual foi o ato do sócio-gerente que gerou, de forma ilícita, a obrigação tributária.

Em caso similar o Tribunal Regional Federa da 3ª Região, decidiu:

(...)

A discussão instalada nos autos diz respeito à apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da pessoa jurídica.

Dentre outros temas, o Novo Código de Processo Civil trouxe inovação em seus artigos 133 a 137, disciplinando expressamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

(...)

Sendo assim, a partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração mencionado incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Registre-se: apenas depois da vigência do Novo CPC é passou a ser necessária a instauração do incidente de personalidade jurídica para fins de apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da empresa.

No caso dos autos, no tempo em que proferida a decisão agravada - 08.03.2016 (fl. 105) - o Novo CPC ainda não estava em vigor, o que ocorreu apenas em 18.03.2016, nos termos de seu artigo 1.045 (*"Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um)*

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.019-SP**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília (DF), 26 de setembro de 2016.

ano da data de sua publicação oficial."), não sendo possível que se determinasse a instauração do referido procedimento, à míngua de expressa previsão legal.

Ocorre, contudo, que ao tempo em que submetida a decisão agravada a reexame, já se encontrava em vigor as regras do Novo Código de Processo Civil, de modo que neste momento a agravada deverá promover a instauração do referido incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada a fim de se verificar a responsabilidade de seus sócios pelo débito executado.

Isso porque tenho que esse incidente aplica-se, em toda sua extensão, à Fazenda Pública, por expressa disposição do artigo 4º. § 2º, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê que "à dívida ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial".

Por tal razão, deixo, contudo, de apreciar a presença dos requisitos que autorizam o redirecionamento do feito executivo ao sócio da pessoa jurídica executada por se tratar de tarefa que incumbe ao juízo de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, tão somente para afastar a determinação de instauração do incidente de desconconsideração da pessoa jurídica, de ofício, sem prejuízo do reconhecimento da necessidade de instauração - pela agravante - do procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica, à luz do novo CPC, para verificação da responsabilidade dos sócios da empresa executada.²

Verifica-se, portanto, a necessidade de instauração do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica, à luz do novo Código de Processo Civil, para que assim possa ser analisada a responsabilidade dos sócios pelo débito executado.

Não se pode esquecer ainda o contido no art. 1ª da Lei 6.830 que diz que a execução judicial será regida por essa Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Porém, as opiniões estão divididas.

No Seminário organizado pela ENFAM, realizado no período de 26 a 28 de agosto, com o tema O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, foram aprovados 62 enunciados, dentre estes destacando-se o de nº 53 que assim dispõe: "O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015".

Pois bem, ainda que se admita ser prescindível da observância do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, não pode prescindir do prévio contraditório.

Já no Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec), assim constou do enunciado de nº 15: "A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de

² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0013965-64.2016.4.03.0000/SP. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. Decisão Moocrática. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**. Edição nº 186/2016 – São Paulo, 05 de outubro de 2016.

desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Também aí não se vislumbra uma dispensa do contraditório prévio, pois ainda que considere que o art. 135 do CTN não trata de uma desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de uma responsabilidade pessoal, a inclusão do sócio-gerente no polo passivo deve obedecer o devido processo legal.

CONCLUSÃO

- a) O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente que não consta na CDA deve observar o devido processo legal;
- b) Para que se observe o devido processo legal é indispensável a observância do contraditório;
- c) O contraditório deve ser prévio, uma vez que o diferido é uma exceção que deve estar prevista em lei, o que não é o caso do redirecionamento da execução fiscal para o sócio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.019-SP**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília (DF), 26 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0013965-64.2016.4.03.0000/SP. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. Decisão Moocrática. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**. Edição nº 186/2016 – São Paulo, 05 de outubro de 2016.