

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL: REFLEXOS DO NOVO CPC

André Alia Borelli¹

Renan Moreno Barhum²

RESUMO: Pretendeu-se demonstrar, por meio de sintética análise de teoria e prática acerca da possibilidade ou não da aplicabilidade do incidente de desconsideração da pessoa jurídica no processo de execução fiscal, tendo em vista o conflito aparente de normas entre o CPC, o CTN e a Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais foi possível chegar a uma conclusão.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ASSUNTO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é uma ferramenta de grande utilidade, bastante difundida pelo Código de Processo Civil de 1973. Durante a época em que vigia referido diploma processual, a jurisprudência passou a admitir a desconsideração da personalidade jurídica nos autos da ação principal, não necessitando o ajuizamento de uma ação autônoma para tal. O entendimento majoritário era pelo cabimento de que, incidentalmente, o juízo poderia desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade na ação de execução.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016, referido instrumento fora positivado, denominado “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, o que pavimentou entendimento já consolidado acerca da desnecessidade de uma ação específica a fim de atingir o patrimônio pessoal dos sócios ante o patrimônio societário, nos casos em que o.

1 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.
E-mail: andre_borelli_@hotmail.com

2 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.
E-mail: renan.rmb@gmail.com

Tais normas foram alocadas no Livro III, Título III, Capítulo IV do diploma processual civil, mais precisamente nos artigos 133 a 137.

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

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

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

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

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.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

No entanto, além de trazerem certezas, supracitados dispositivos também foram responsáveis pela ocorrência de variadas dúvidas e, por conseguinte, proveitosas discussões acerca da possibilidade da aplicabilidade desse instituto nas ações de execução fiscal, eis que o artigo 134 do CPC prevê cabimento do instrumento de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções que tenham por fundamento título executivo extrajudicial.

Ante a regra acima, observa-se predominante nas Fazendas Públicas a não provocação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais, eis que há incompatibilidade frente à Lei de Execução Fiscal e ao Código Tributário Nacional. Vejamos:

A Lei de Execução Fiscal exige a garantia do juízo para que o processo possa ser suspenso, ao inverso do que dispõe o CPC;

O Código Tributário Nacional limita a responsabilidade de terceiros àqueles que possuem poderes de gerência ou administração, enquanto o incidente trazido pelo CPC pode ser oposto a qualquer sócio com responsabilidade limitada. O responsável tributário está disciplinado no artigo 121, inciso II e, em relação ao sócio com poderes de gerência, no artigo 135, inciso III, ambos do CTN, transcritos abaixo:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

Em seu artigo 4º, inciso V, a Lei de Execução Fiscal permite que a execução seja promovida: “contra o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado”. Além disso, o conteúdo do §3º do mesmo artigo prevê que os bens do responsável tributário que seja sócio com poder de gerência, estão sujeitos à execução fiscal, sem mencionar a necessidade de instauração de incidente de desconsideração de pessoa jurídica ou qualquer outro procedimento.

Por outro lado, o incidente normatizado pelo diploma processual civil impõe a ocorrência de desvio de finalidade e confusão patrimonial e não há possibilidade de ser decretado de ofício.

Com base nessa fundamentação, diversos tribunais vêm adotando o entendimento de que na execução fiscal não é possível a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, conforme se pode verificar nas ementas abaixo:

“AGRAVO – EXECUÇÃO FISCAL referente a ISS de 2006 – Município de São José do Rio Preto – Redirecionamento da execução contra sócio administrador – No caso, cabimento, pois demonstrada a dissolução irregular da empresa – Precedentes e súmula 435 do c. STJ – Desnecessidade de instauração de incidente de desconsideração da pessoa jurídica, pois o sócio responde pessoalmente com seus bens por ato ilícito da empresa – Contraditório e ampla defesa que podem ser exercidos na própria execução – RECURSO PROVIDO”. (TJSP, Relator: Rodrigues de Aguiar; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/08/2016; Data de registro: 09/08/2016).

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) em face de decisão que, nos autos da Execução Fiscal ajuizada em face de [...] que determinou, de ofício, a instauração de

Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e suspendeu o curso da Execução Fiscal (art. 134, § 3º, CPC).

Alega a agravante, em síntese, que a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é incompatível com o processo de execução fiscal por autorizar a suspensão do processo sem a garantia do juízo, por ser cabível contra todos os sócios com responsabilidade limitada (independente de ter exercidos poderes de gerência ou administração), por exigir a prática de desvio de finalidade e confusão patrimonial e, por fim, por se tratar de incidente que exige requerimento expresso da parte, não podendo se instaurado de ofício pelo magistrado. Requer, assim, a antecipação da tutela recursal.

Seguindo o entendimento acima, foi editado o enunciado pelo Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) o enunciado 53, a seguir:

“O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.

Em que pese o conteúdo do texto legal e parte da jurisprudência seguirem em certa consonância, a doutrina é divergente a respeito do tema.

Há posicionamentos favoráveis à possibilidade da instauração do incidente conforme previsto no CPC, por ser mais razoável, eis que há abertura do contraditório anteriormente à inclusão da pessoa física no polo passivo da demanda executiva.

Aliada à possibilidade de aplicação do incidente e crítica ao enunciado supra, expõe a advogada Betina Gruppenmacher³:

“É inaceitável que se redirecione a execução fiscal para o sócio-gerente sem comprovação cabal de que se trata de hipótese autorizadora para tanto, pior, que se lhe iminja o ônus de fazer prova negativa de que não infringiu à lei, contrato social ou estatutos”.

Em adição, acerca da defesa do executado, caso instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, têm-se a impossibilidade do manejo da exceção de pré-executividade, pacificamente admitida pela doutrina e jurisprudência nas hipóteses de execução fiscal, pois referida exceção é oponível apenas a “matérias

³ Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/betina-gruppenmacher-juizes-criam-enunciado-contraditorio>>. Acesso em 28/08/2017.

conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, de acordo com a Súmula 393 do STJ. Por outro lado, o indigitado incidente autoriza irrestrita dilação probatória.

Dando continuidade à abordagem da divergência estabelecida, importante mencionar a inequívoca situação de conflito aparente de normas entre CPC e a LEF, pois há duas normas regendo acerca de um mesmo tema, todavia apenas uma norma deve ser aplicada à hipótese. Ante o panorama acima, aplicando-se o princípio da especialidade, o qual é um dos mais, senão o mais importante dos princípios utilizados para resolver situações como essa.

Portanto, sob essa ótica, a Lei de Execução Fiscal deve prevalecer sobre o CPC. Porém, analisando as regras contidas na Lei de Execução Fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, denota-se visível irrazoabilidade.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 136, determina a responsabilidade objetiva do agente ou responsável. Portanto, já autoriza a inclusão do responsável diretamente no polo passivo da demanda.

Sabbag, em sua mais recente obra⁴, elucida o ponto:

“Portanto, a regra geral é considerar a infração fiscal de modo objetivo, e não “subjetivo”. Há, todavia, uma ressalva, prevista na parte inicial do art. 136 do CTN, segundo a qual, havendo lei própria, poder-se-á levar em conta os aspectos subjetivos excludentes ou atenuantes da punibilidade. Nessa medida, nada obsta a que uma lei ordinária defina infrações puníveis na modalidade “subjetiva”, isto é, exigindo-se a demonstração de dolo ou de culpa, no intuito de se infligir a pena adequada. Sendo a lei omissa, aplica-se a regra geral – a da responsabilidade objetiva.”

No entanto, isto pode levar a situações de injustiça, pois é comum sociedades trocarem de sócios ou até serem vendidas e ante essas situações executar tais indivíduos sem ao menos verificar se realmente tem ligação com o fato gerador do tributo devido não seria uma decisão equilibrada.

Acerca do referido ponto, Rinaldi⁵ faz oportuna observação:

“Sendo certo que a responsabilização pessoal do sócio depende da prática de atos com excesso de poder, infração à lei, violação do contrato social ou do estatuto ou, ainda, dissolução irregular da pessoa jurídica, devemos considerar um elemento adicional, qual seja, a conduta dolosa do agente na gestão da sociedade.”

⁴ SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵ A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica>>. Acesso em: 25/03/2017.

Consonantes com o dito acima, os defensores da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal calcam seu entendimento, ressaltando que esta prática respeita os princípios constitucionais do contraditório e devido processo legal administrativo. O ilustre doutrinador Luiz Flávio Gomes considera o artigo 136 do CTN inconstitucional, pois permite aplicar uma sanção sem dolo ou culpa do autor, indo de encontro com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Podemos concluir que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de execução fiscal seria cabível, porém, traria morosidade ao processo, sendo que a agilidade é de suma importância na prevenção de possíveis fraudes à execução. Portanto, entendemos mais razoável aplicar a Lei de Execuções Fiscais, todavia, com muita cautela, de modo que “inocentes” não sejam surpreendidos diante de sua inclusão no polo passivo de uma execução fiscal e possam ter seus patrimônios pessoais alcançados e constrictos injustamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25/03/2017.

_____. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25/03/2017.

_____. **Código Tributário Nacional**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 25/03/2017.

_____. **Lei 6.830/80**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 25/03/2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. **Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em: 25/03/2017.

RINALDI, Luciano. **A execução fiscal contra sócios e administradores da pessoa jurídica**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-12/luciano-rinaldi-execucao-fiscal-socios-pessoa-juridica>>. Acesso em: 25/03/2017.

NASRALLAH, Amal. **Desconsideração da personalidade do NCPC não se aplica às execuções fiscais – TRF3 E TJSP**. Disponível em: <<http://tributarionosbastidores.com.br/2016/08/15/dpj/>>. Acesso em 25/03/2017.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/betina-gruppenmacher-juizes-criam-enunciado-contraditorio>>. Acesso em 28/08/2017.

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **SEMINÁRIO - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ENUNCIADOS APROVADOS.** Disponível em: <2017<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27/08/2017.