

**FANESE – FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

JAILENO MIRANDA CONCEIÇÃO

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO
FISCAL**

Aracaju
2016

JAILENO MIRANDA CONCEIÇÃO.

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO
FISCAL**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe -
FANESE, como um dos pré-requisitos para
a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Diogo Dória Pinto

Aracaju
2016

JAILENO MIRANDA CONCEIÇÃO

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO
FISCAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Diogo Dória Pinto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. MSc. Emerson Charles Pracz
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. MSc. Manuel Menezes Cruz
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, irmãos, namorada e toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado saúde e força para superar todas as dificuldades enfrentadas e vencidas até este momento.

A Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE -, em seu corpo docente como um todo, por todo o conhecimento transmitido, que oportunizou a janela que hoje vislumbro em um horizonte próspero, eivado pela acendrada confiança no mérito, sempre em busca de realizações e conquistas.

Ao meu orientador Dr. Diogo Dória Pinto, por ter, de muito bom grado, em cima da hora, aceitado a orientação. Por todo o suporte que prestou, pelas suas correções e incentivos, receba os meus sinceros agradecimentos.

Ao Dr. Thiago Moreira da Silva, por todo o apoio e auxílio concedidos, sempre serei grato.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos os colegas de turma, bem como aqueles que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa sofreu alterações significantes com o advento do novo Código de Processo Civil, sendo regulado pelo capítulo IV deste. Nesse sentido, ocorreu uma positivação acerca de regras procedimentais a serem seguidas quando da aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, dentre elas (art. 135) a imposição da necessidade de o magistrado citar o sócio para, querendo, se manifestar, antes de decidir acerca da sua inclusão no polo passivo da demanda como corresponsável da empresa executada, exercendo assim um contraditório prévio. Assim sendo, partindo do pressuposto de que o Código de Processo Civil é fonte subsidiária da Execução Fiscal, conforme art. 1º da Lei nº 6.830/80 (lei da execução fiscal), e tomando como base os princípios do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla defesa, busca-se demonstrar que o incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, mais especificamente, o art. 135 do NCPC, também deve ser aplicado ao Redirecionamento da Execução Fiscal.

Palavras-chave: Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Redirecionamento execução fiscal. Citação previa do sócio.

ABSTRACT

The Institute of Company's legal personality disregard underwent significant changes with the advent of the new Civil Procedure Code, is governed by Chapter IV of this. In this sense, there was a positivation about procedural rules to be followed when applying the disregard of the Institute of legal personality, among them (Art. 135), the imposition of the need for the judge to cite partner for wanting to be manifested before decide on their inclusion in the passive demand polo as co-responsible of the executed company, thus exerting a prior contradictory. Therefore, assuming that the Civil Procedure Code is a subsidiary source of tax enforcement, as art. 1º of Law N.º. 6,830/80 (Law of tax enforcement), and building on the principles of due process of law, adversarial and Broad defense, seeks to demonstrate that the incident disregard the legal personality, more specifically, art. 135 NCPC, should also be applied to the redirection of tax enforcement.

Keywords: Disregard incident of legal personality. Redirect tax enforcement. Quote provided the partner.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. SUJEIÇÃO PASSIVA E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA	15
2.1 Sujeitos da Relação Tributária	15
2.2 Espécies de Responsabilidade Tributária	16
2.3 Responsabilidade de Terceiro – Atuação Irregular	17
2.4 Redirecionamento da Execução Fiscal	21
2.4.1 Responsabilidade Tributária por Infração à Lei, ao Contrato Social e aos Estatutos	22
2.4.2 Dissolução Irregular e Portaria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) n. 180/2010	23
3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	29
3.1 Introdução Geral e Conceito	29
3.2 Teoria Maior e Teoria Menor	32
3.3 Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução fiscal	40
3.4 Incidente De Desconsideração Da Personalidade Jurídica – NCPC	43
4. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL	47
4.1 Considerações Gerais	47
4.2 Garantia do Devido Processo Legal	49
4.3 Contraditório e Ampla Defesa	51
4.4 Ausência de Regulamentação na LEF, Lei nº 6.830, quanto o Procedimento atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal	56
4.5 Aplicação Subsidiária Do NCPC à Execução Fiscal	59
4.6 Enunciado 53 Da ENFAM: Ausência De Força Normativa	61
4.7 Atual posicionamento da jurisprudência acerca desta discussão	63
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	69
ANEXO A - Portaria PGFN n. 180/2010	74

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 destinou seu título VII para tratar acerca da Ordem Econômica e Financeira, a qual é fundada na valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, buscando o desenvolvimento econômico nacional regulado, assegurando a todos, inclusive, o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Nessa senda, cumpre ao Estado o papel de regulador das atividades econômicas, aplicando, para tanto, políticas públicas de fiscalização, incentivo e planejamento, inclusive incentivo e fomento da iniciativa privada, de modo especial àqueles voltados à evolução empresarial, facilitando a constituição de pessoas jurídicas, dentre as quais, aquelas com fins econômicos.

Para tanto, como modo de segurança àqueles interessados em adentrar no ramo empresarial, resta consignado que as pessoas jurídicas detêm personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, ou seja, respondem em nome próprio pelos seus atos, incumbindo-lhe todas as responsabilidades deles derivada.

Tal ideal encontra-se ligado a ideia de função social da pessoa jurídica, derivada da função social da propriedade, no sentido que toda pessoa jurídica é criada com propósitos definidos em seu contrato social ou estatuto, os quais devem obedecer às normas legais vigentes (atos lícitos).

Desse modo, a criação de pessoas jurídicas tornou-se cada vez maior. Contudo, dada à personalidade jurídica própria e a autonomia patrimonial atinente a estas, começaram a surgir empresas criadas com o puro intuito de fraudar credores, de modo que os seus sócios contraíam responsabilidades em nome da empresa, mas não às adimpliam.

Assim, uma vez que a empresa não conseguia, por plena atuação dolosa de seus sócios, no sentido de justamente fraudar credores, muitas das vezes por falta de patrimônio em nome da pessoa jurídica, uma vez que os sócios transferiam os bens da empresa para seus patrimônios pessoais, adimplir suas obrigações, restavam os credores estagnados, sem nenhuma alternativa legal apta a atender seu crédito.

Nesse diapasão, dada a grande quantidade de situações semelhantes de atos ilícitos acobertados pelo manto protetivo da autonomia patrimonial das

empresas, surge o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, expresso pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor (CDC) - (art. 28) em 1990, contudo, recebeu imensa força com o advento do Código Civil de 2002, onde restou expresso no seu artigo 50.

Este instituto, disciplinado pelo Código Civil, possibilita que o magistrado, no caso concreto, atendidos os requisitos de confusão patrimonial ou desvio de finalidade, levante o véu da personalidade jurídica da empresa que cometeu atos ilícitos, de modo que suspenda temporariamente sua personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, atingindo seus sócios, de modo que o patrimônio particular destes passe a responder pela dívida gerada.

Noutras palavras, caracterizados os requisitos contidos no artigo 50 do Código Civil de 2002, a dívida contraída pela empresa passa também a ser responsabilidade de seus sócios (solidariamente com a empresa), possibilitando assim que aqueles lesados pelos atos praticados pela empresa possam cobrar conjuntamente dos sócios desta.

Ademais, diante de grandes discussões jurisprudenciais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) gerou entendimento consolidado no sentido que a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa pode ser decretada no bojo de processo em andamento, não sendo necessário o ajuizamento de ação própria para tanto.

Grande avanço, ocorrido recentemente com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC): Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015-, foi a positivação, em seu capítulo IV, do procedimento atinente à Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, uma vez que até então não existia norma a respeito.

Dentre o procedimento disciplinado pelo NCPC, artigos 133 a 137, existe uma grande inovação atinente ao incidente em questão, qual seja, a obrigação do magistrado de expedir mandado de citação para que o sócio da empresa possa se manifestar previamente acerca da decretação da desconsideração, ou seja, passa a ser direito do sócio poder se manifestar antes de adentrar no polo passivo daquele feito.

Isto porque, anteriormente ao advento do NCPC o sócio só era citado posteriormente à decretação da desconsideração, quando este já estava no polo passivo do feito, não sendo assim possibilitado o seu direito ao contraditório prévio,

razão pela qual se justifica tamanha importância desta inovação procedimental instituída pelo NCCP.

Por conseguinte, de modo semelhante ao instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa, existe o Redirecionamento da Execução Fiscal, que tem a mesma finalidade da desconsideração já explicada, contudo, restrito às execuções fiscais, regidas pela Lei nº 6.830/80, aquelas em que se busca a satisfação de crédito público escrito em Dívida Ativa da União.

Este instituto repita-se, restrito às execuções fiscais, possibilita que, atendidos os requisitos contidos no artigo 135 do Código Tributário Nacional (CTN), seja incluído, como corresponsável solidário, no polo passivo da execução fiscal, o sócio administrador da empresa executada, passando este a responder com seu patrimônio pessoal pela dívida da empresa.

Desta forma, uma vez comprovados atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, bem como a dissolução irregular da empresa, a execução fiscal poderá ser redirecionada para o sócio administrador da empresa executada, que passará a ser corresponsável solidário desta diante de tais créditos.

Destarte, percebe-se que ambos os institutos, derivados de normas legais diversas, exercem o mesmo papel de, excepcionalmente, configurados certos requisitos, possibilitar que seja levantada o manto da personalidade jurídica da empresa, no sentido de que o patrimônio de seu sócio passe a responder pelo débito gerado, razão pela qual pode se afirmar, de antemão, que são institutos que possuem propósitos semelhantes.

Entretanto, não existe regulamentação legal quanto ao procedimento atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal, enquanto que o procedimento referente à Desconsideração da Personalidade Jurídica encontra-se estampado nos arts. 133 a 137 do NCCP.

Atualmente, o sócio só é citado quando do Redirecionamento da Execução Fiscal, após sua inclusão no polo passivo da demanda, diferentemente da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, não lhe oportunizando a possibilidade de exercício do seu contraditório prévio.

Deste modo, surge a seguinte indagação: É possível a aplicação da regra instituída no art. 135 do NCCP, atinente à Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, ao Redirecionamento da Execução Fiscal, dada as similitudes

dos institutos, cominado ao fato que a Lei de Execução Fiscal (LEF), nº 6.830/80, regulamenta que o Código de Processo Civil deve ser utilizado como fonte subsidiária da Execução Fiscal?

Frente ao problema apresentado, outras questões menores nortearam a pesquisa, quais são:

1. Qual o conceito do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica?
2. Quais as alterações introduzidas no procedimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa pelo NCPC?
3. Qual o conceito de Redirecionamento da Execução Fiscal?
4. Quais as similitudes de ambos os institutos apresentados?
5. Qual a possibilidade, diante dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como da subsidiariedade de aplicação do CPC na Execução Fiscal, de aplicação da regra exposta no art. 135 do NCPC, atinente à Desconsideração da Personalidade Jurídica, ao redirecionamento à Execução Fiscal?

Partindo destas premissas, o estudo aqui proposto é de suma importância dentro da esfera jurídica atual, uma vez que as regras inseridas no procedimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa são recentes, já que o NCPC entrou em vigor na data de 18.03.2016, além disso, trata-se de possível alteração significativa dentro do procedimento do Redirecionamento da Execução Fiscal.

De igual modo, é fonte de incertezas quanto à sua aplicação no Redirecionamento da Execução Fiscal, tendo em vista que o enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), dita ser desnecessário, para fins de redirecionamento, a aplicação subsidiária das regras atinentes à Desconsideração da Personalidade Jurídica contida no NCPC, nominado de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ).

Contudo, tal enunciado não tem força normativa, servindo apenas como fonte opinativa para os magistrados, o que deixa em aberto a questão da aplicação ou não dentro do redirecionamento à Execução Fiscal.

Portanto, esta pesquisa servirá de alicerce para o embasamento de que é cabível a aplicação das regras do IDPJ instituídas no NCPC também ao Redirecionamento da Execução Fiscal.

Nesse sentido, o objetivo geral deste feito é demonstrar a possibilidade de aplicação da regra atinente ao procedimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica, disposta no artigo 135 do NCPD, relativa à citação prévia do sócio para, caso queira, se manifestar, antes de incluí-lo no polo passivo como responsável solidário da empresa, também ao Redirecionamento da Execução Fiscal.

Os objetivos específicos desta pesquisa consistiram em:

1. Conceituar o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica;
2. Explicar as alterações introduzidas no procedimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa pelo NCPD (IDPJ);
3. Conceituar o instituto do Redirecionamento da Execução Fiscal;
4. Demonstrar a similitude de finalidade de ambos os institutos apresentados;
5. Demonstrar a possibilidade de aplicação do IDPJ, atinente a Desconsideração da Personalidade Jurídica, ao Redirecionamento da Execução Fiscal, com base na aplicação subsidiária do CPC à Execução Fiscal, bem como nos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa;

Para tanto, foi utilizado o método dialético, uma vez que o conhecimento é uma obra sem fim, sempre em desenvolvimento, tendo como método auxiliar o comparativo.

Ademais, foi utilizada a pesquisa qualitativa e exploratória, uma vez que analisa as diferenças e similitudes entre os institutos da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o redirecionamento a Execução Fiscal, embasada em conhecimentos oriundos de levantamentos bibliográficos acerca do tema.

Nessa senda, a presente monografia é composta por quatro capítulos. O segundo, intitulado “Sujeição passiva e responsabilidade tributária”, explicitará quais os sujeitos passivos da relação tributária, bem como abordará as espécies de responsabilidade tributária, abordando o tema responsabilidade de terceiros.

Ainda neste capítulo, foi abordado o instituto do Redirecionamento da Execução Fiscal, bem como seus requisitos autorizadores, a dissolução irregular e o ônus probatório quanto a sua comprovação.

Por seguinte, no terceiro capítulo, intitulado “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, será abordado o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, conceito, teorias, pressupostos legais, bem como o procedimento legal estabelecido pelo NCPD para tal instituto.

Ademais, o quarto capítulo, intitulado “Possibilidade de aplicação do incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Redirecionamento da Execução Fiscal” será o capítulo principal desta obra, onde será defendida tal possibilidade, diante dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como devido a ausência de regulamentação do procedimento do Redirecionamento da Execução Fiscal e utilização subsidiária do CPC à Execução Fiscal.

Por fim, no quinto capítulo, intitulado “Considerações Finais” será afirmada a plena possibilidade de aplicação do IDPJ ao Redirecionamento da Execução Fiscal, em concretização dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, cominado com a ausência de regramento específico na LEF, e, sucessivamente, a aplicação do art. 10 do NCPC ao referido instituto.

2. SUJEIÇÃO PASSIVA E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

2.1 Sujeitos da Relação Tributária

Na relação jurídica tributária, o sujeito passivo é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, podendo ser o contribuinte ou o responsável, conforme preceitua o art. 121 do Código Tributário Nacional:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Como regra geral, o contribuinte é o responsável direto pelo pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, revestindo-se, portanto, na maioria das vezes, como o sujeito passivo da relação tributária.

Entretanto, em determinadas hipóteses legais, tal responsabilidade pode ser direcionada a terceiros, alheios ao fato jurídico-tributário, denominados como responsáveis.

A distinção entre contribuinte e responsável se dá em relação quanto ao fato gerador da obrigação tributária. Neste sentido, se o sujeito passivo possuir relação direta e pessoal com o fato gerador da obrigação será denominado contribuinte (sujeito passivo direto), mas caso esteja vinculada ao fato gerador, só que não tenha participação direta com ele, será denominado responsável (sujeito passivo indireto).

Deste modo, o contribuinte será o responsável direto, haja vista que este deu origem ao fato gerador da obrigação tributária, e o (có)responsável será o indireto, haja vista que sua responsabilidade não é originária do fato gerador, mas sempre derivada de lei.

Neste sentido, preceitua Hedler (2013, p. 185, sem grifo no original):

No Direito Tributário Brasileiro, o termo '**responsável**' tem conotação estrita, eis que o parágrafo único do artigo 121, do CTN, prescreve que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se responsável, 'quando sem revestir a condição de contribuinte, **sua obrigação decorra de expressa disposição de lei**.'

Assim sendo, o (co)responsável nunca será o responsável direto, pois a sua responsabilidade jurídica pressupõe uma violação legal, levando em conta que a lei tributária é a fonte imediata da responsabilidade tributária, sendo o inadimplemento fiscal apenas uma fonte mediata, mas necessária, conforme prega o art. 128 do CTN (sem grifo no original):

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, **a lei** pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou **atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.**

Ressalte-se ainda que, muito embora o sujeito tipificado como responsável não possua relação pessoal e direta com o fato gerador, este não pode ser um estranho ao fato, devendo necessariamente possuir um vínculo com a situação tipificada na lei como fato gerador do tributo.

2.2 Espécies de Responsabilidade Tributária

A responsabilidade tributária pode ser por transferência ou substituição.

No primeiro caso a responsabilidade surge em momento posterior à ocorrência do fato gerador da obrigação, de modo que sobrevenha mudança na pessoa que figura no polo passivo da respectiva obrigação (responsável direto), diante da verificação de determinados fatos listados em diplomas legais, incluindo como sujeito passivo o terceiro (responsável indireto).

Nesses casos, a obrigação surge tendo como responsável o contribuinte, mas, em decorrência da prática de certos atos autorizadores de responsabilização, ocorre à transferência da sujeição passiva tributária para um terceiro, que tenha relação com a ocorrência do fato gerador da obrigação, o corresponsável.

Deste modo, dispõe Alexandre (2015, p. 483):

Trata-se de casos em que a obrigação nasce tendo, no polo passivo, determinado devedor (**contribuinte ou responsável**), mas, em virtude de evento descrito com precisão na lei, há a **transferência da sujeição passiva a uma outra pessoa**, esta na condição de **responsável**. Verifica-se, portanto, uma modificação subjetiva (dos sujeitos) na obrigação surgida.

Esta modalidade de responsabilidade por transferência é dividida em três modalidades: Responsabilidade dos sucessores; responsabilidade de terceiros; responsabilidade por infrações.

De outra senda, na responsabilidade por substituição, desde a ocorrência do fato gerador a sujeição passiva tributária recai sobre um terceiro. Ou seja, desde o momento em que surge a obrigação, a responsabilidade não é aplicada sobre o contribuinte, mas sim a um terceiro, sendo assim, neste caso, em nenhum momento o contribuinte é o responsável pelo tributo.

Nesse sentido, dispõe Alexandre (2015, p. 484):

Nos casos de responsabilidade por substituição, **desde a ocorrência do fato gerador**, a sujeição passiva recai sobre uma pessoa diferente daquela que possui relação pessoal e direta com a situação descrita em lei como fato gerador do tributo. Em nenhum momento, o dever de pagar o tributo recai sobre a figura do contribuinte, não havendo qualquer mudança subjetiva na obrigação.

Isto posto, explicitadas as espécies de responsabilidades tributárias, passa-se a análise da responsabilidade terceiros.

2.3 Responsabilidade de Terceiro – Atuação Irregular

A responsabilidade de terceiros envolve duas situações: responsabilidade por atuação regular e responsabilidade por atuação irregular.

Entretanto, tendo em vista que o objeto deste estudo se resume apenas a responsabilidade de terceiro derivada de atos irregulares, não serão tecidas maiores considerações acerca da responsabilidade de terceiro derivada da atuação regular.

Nessa senda, em certos casos, a sujeição passiva do terceiro é decorrente de sua atuação em desconformidade com as normas legais, passando a ser responsável pessoal pelo tributo devido, conforme dispõe o art. 135 do CTN:

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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Ressalte-se que, todas as pessoas listadas no art. 134 do CTN¹ (responsabilidade de terceiro decorrente de sua atuação regular) poderão também ser responsabilizadas nos termos do art. 135 do CTN, caso constatada atuação irregular por parte delas, sendo assim, o leque de pessoas estampados no dispositivo legal aqui discutido é bem mais abrangente que o art. 134 do CTN.

Entretanto, o presente estudo se detém à análise da responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado.

Isto posto, para a responsabilização destes, baseado em sua atuação irregular, é necessário à comprovação dos requisitos dispostos no art. 135 do CTN (excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto).

Assim, partindo-se de uma interpretação literal, quando diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado praticam atos em dissonância com qualquer diploma legal estão infringindo a lei, o que justifica sua responsabilização pessoal diante da prática de um ato irregular.

Exemplo disto é a hipótese, muito comum, em que as contribuições sociais são descontadas, mas não repassadas ao fisco, configurando infração à lei, legitimando a responsabilização do sócio-administrador da empresa, inclusive, existe diploma legal penal tipificando tal ato. Trata-se do art. 168-A² do Código Penal Brasileiro.

Já o excesso de poder ocorre quando o agente pratica um ato contrariando os limites de sua competência, ou seja, o ato é lícito em sua origem, contudo, reside o vício na ausência de legitimação ou de autorização para sua prática, devendo ser responsabilizado pessoalmente quanto à ele.

Nesse sentido, dispõe Alexandre (2015, p. 532):

¹ Lei n 5.172/66. Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

² Decreto-lei No 2.848/1940. Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O vício do qual decorre a aplicação do art. 135 está no fato de o agente praticar um ato contrariando os limites legais, estatutários ou contratuais de sua atuação, de forma que o ato praticado não se caracteriza necessariamente como **ilícito tributário**, residindo o vício na **ausência de legitimação** (competência específica) **ou de autorização** para sua prática. Assim, o diretor que pratica um ato de gestão que não estava dentro de suas atribuições estatutárias responde pelo excesso e pelo respectivo **tributo**, mesmo que o ato não tenha conteúdo ilícito. Incide o art. 135, III, do CTN.

Já a infração a contrato social e estatutos diz respeito à modalidade de infração na qual o agente vai de encontro às diretrizes e regramentos próprio da pessoa jurídica contribuinte, ou seja, atenta contra as normas internas e ideais da própria empresa em que exerce poder de gerência.

Assim, quando o agente age ou omite-se, por conta própria, de modo contrário ao disposto no estatuto ou contrato social da empresa, deve responder pelas obrigações tributárias resultantes de seus atos.

Ademais, o mero inadimplemento da obrigação tributária não autoriza a responsabilização do sócio, sendo necessária a comprovação cabal de algum dos requisitos acima citados.

Nesse sentido, fora regulamentada a Súmula n 430 do STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Por seguinte, cumpre discorrer acerca da natureza da responsabilização tributária de terceiro, estampada no art. 135 do CTN.

De início, trata-se de responsabilidade por substituição, uma vez que o surgimento desta é contemporâneo ao fato gerador do tributo.

Ademais, cumpre ressaltar que, muito embora o vocábulo “pessoal” utilizado no *caput* do art. 135 do CTN possa levar ao falso entendimento que o terceiro passa a ser o responsável, afastando a sujeição passiva do devedor originário, tal pensamento se mostra equivocado, pois os terceiros respondem de forma pessoal, mas solidária e ilimitadamente com a pessoa jurídica devedora.

Deste modo, atualmente há entendimento consolidado pelo STJ no sentido que tal responsabilidade é de cunho pessoal, uma vez que atinge o patrimônio pessoal do terceiro responsável, bem como solidária, uma vez que não exclui a

cobrança da pessoa jurídica (contribuinte), mas possibilita a execução simultânea de devedor e corresponsável, trata-se de responsabilidade solidária subjetiva:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES. 1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. 2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. **Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei** (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76). 3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN. 4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. 5. Precedentes desta Corte Superior. 6. Embargos de Divergência rejeitados.

(STJ - EREsp: 174532 PR 2000/0121148-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 18/06/2001, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 20/08/2001 p. 342) (BRASIL, 2001, não paginado, sem grifo no original).

Não seria viável pensar que tal responsabilidade fosse de cunho subsidiário, retirando a pessoa jurídica (contribuinte) do polo passivo do feito, de modo que a execução se voltasse unicamente em face do responsável.

Outrossim, além de solidária, tal responsabilidade é subjetiva, uma vez que necessita da constatação de características intrínsecas ao caso concreto.

Assim sendo, tem-se consignado que a natureza da responsabilidade tributária atribuída a terceiro responsável é de cunho pessoal, solidária e subjetiva. Nesse sentido dispõe Hedler (2013, p. 188):

No quanto pertine à questão de se tratar de responsabilidade pessoal, solidária ou subsidiária, correta a interpretação no sentido

de tratar-se de responsabilidade pessoal (embora não exclusiva), mas também solidária. Não seria razoável a conclusão no sentido de que o texto legal (artigo 135) estaria a eximir a pessoa jurídica da responsabilidade tributária, imputando-a exclusivamente à pessoa física.

Destarte, tanto a empresa quanto o corresponsável passam a integrar, conjuntamente o polo passivo da Execução Fiscal, podendo o fisco exercer a cobrança, simultaneamente, em face de ambos.

2.4 Redirecionamento da Execução Fiscal

A definição de sujeição passiva tributária encontra-se disposta no art. 121 do CTN, que dispõe ser responsável direto pelos tributos o contribuinte ou responsável legal. Em se tratando de pessoas jurídicas, tendo em vista o princípio da autonomia patrimonial, estas respondem em nome próprio pelos seus tributos e demais responsabilidades.

Contudo, em certas hipóteses legais, disciplinadas no art. 135 do CTN, o sócio administrador da empresa executada passa a responder com patrimônio próprio para com o débito fiscal da empresa, diante da verificação de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, bem como diante da constatação da dissolução irregular da empresa.

Assim sendo, o Redirecionamento da Execução Fiscal tem a finalidade de possibilitar ao fisco o alcance da satisfação do crédito público, ou pelo menos o direito de tentar tal feito perante o patrimônio dos sócios administradores das pessoas jurídicas executadas.

Cumprе ressaltar que, não existe dispositivo legal acerca do procedimento atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal, contudo, na prática, basta o fisco demonstrar, nos autos do procedimento executivo fiscal, a ocorrência de algum dos requisitos autorizadores dispostos no art. 135 do CTN para que o feito seja redirecionado em desfavor do sócio administrador da executada.

Trata-se do sócio administrador, uma vez que este é quem detém o poder de gerência da empresa, e, por uso inadequado deste, deve responder perante as responsabilidades tributárias da pessoa jurídica.

Ressalte-se ainda que tal instituto é restrito às execuções fiscais, aquelas regidas pela LEF, Lei nº 6.830/80.

2.4.1 Responsabilidade Tributária por Infração à Lei, ao Contrato Social e aos Estatutos

Os requisitos autorizadores do Redirecionamento da Execução Fiscal encontram-se dispostos no art. 135 do CTN, quais sejam, excesso de poder, infração a lei, contrato social ou estatuto.

Como dito no capítulo anterior, há casos em que a sujeição passiva do terceiro decorre da prática de atos em desconformidade com os diplomas legais, ou seja, atos praticados com excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, hipóteses estas onde passa a responder em nome próprio pelo tributo devido, como dispõe o art. 135 do CTN.

Nesse sentido, cumpre destacar que tais hipóteses não prescrevem, necessariamente, a prática de atos tidos como ilícitos, uma vez que o ato praticado pode ser entendido como legal, mas o sujeito que o praticou pode não ter competência ou legitimidade para praticá-lo.

Por exemplo, um diretor que pratica atos de gestão alheios à sua competência poderá ser responsabilizado pessoalmente por eles, contudo, tal ato é lícito, não fere diplomas legais, entretanto, é entendido como excesso de poder, aplicando-se, *in casu*, a inteligência do art. 135 do CTN.

Portanto, não se pode confundir atuação irregular com infração a lei, uma vez que nem toda atuação irregular, necessariamente, configura infração a lei.

Cumpre ressaltar ainda que os requisitos estampados no *caput* do art. 135 do CTN não são cumulativos, ou seja, basta apenas a comprovação de um deles para que o feito possa ser redirecionado para o sócio administrador da empresa executada.

Ademais, cumpre ao fisco o ônus de comprovar a ocorrência de algum destes requisitos, pois, caso contrário, não encontrado bens em propriedade da empresa devedora, a execução se torna frustrada, acabando por suspensão nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/80³.

³ Lei nº 6.830/80. Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

2.4.2 Dissolução Irregular e Portaria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) n. 180/2010

Prima facie, entende-se por dissolvida irregularmente a empresa que encerra suas atividades de modo informal, sem o cumprimento das formalidades legais, inclusive sem pagamento do passivo tributário.

Neste caso, a dissolução da empresa sem baixa na junta comercial constitui indício de que o estabelecimento comercial encerrou suas atividades de forma irregular, tendo em vista que o empresário tem obrigação de atualizar o seu registro cadastral nos órgãos competentes.

Deste modo, em razão das incontáveis ocorrências desta natureza, fora editada a Súmula nº 435 do STJ, como forma de viabilizar o prosseguimento da perseguição pela satisfação do crédito público em face do sócio responsável pela pessoa jurídica dissolvida irregularmente:

Súmula 435/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 para o sócio-gerente. (BRASIL, 2010, não paginada)

Assim sendo, no caso concreto, normalmente essa constatação de dissolução se dá quando o Oficial de Justiça não encontra a empresa no endereço declarado, seja para sua citação ou intimação, servindo a certidão como prova que a empresa deixou de funcionar em seu domicílio, sem comunicação aos órgãos competentes, atraindo a aplicação da súmula supradita.

Entretanto, em determinados casos, o fisco consegue comprovar a dissolução da empresa, mesmo diante da inexistência de certidão atestando a mudança de endereço.

Para tanto, muitas vezes, são apresentados extratos comprovando que as empresas deixaram de prestar suas declarações anuais à Receita Federal Brasileira, constituindo indícios que não mais exercem atividades.

Outrossim, o resultado negativo do Bloqueio judicial de ativos financeiros em contas correntes ou poupanças - BACENJUD - em face da empresa executada também constitui indício de sua dissolução irregular.

Isto porque, a ausência de recursos financeiros constitui óbice intransponível ao regular exercício de qualquer atividade econômica, pois não é possível uma empresa funcionar sem dinheiro.

Assim sendo, tais indícios também geram margem para o Redirecionamento da Execução Fiscal por conta do encerramento irregular da empresa executada, tornando possível a imposição da responsabilidade tributária ao responsável legal, consoante entendimento pacífico dos nossos tribunais:

EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de ser possível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando a sociedade tiver sido dissolvida de forma irregular.

2. A ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e pro labore, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público.

3. Para que o recurso especial seja admitido pela alínea "c", o acórdão recorrido e o paradigma devem ter tratado da mesma situação de fato.

4. Não deve ser conhecido o especial quanto à matéria federal não apreciada pela Corte de origem. Prequestionamento, apenas, do art. 135, III, do CTN.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para determinar o redirecionamento da presente execução fiscal para o sócio-gerente da empresa executada.(STJ, 1ª Turma, RESP 408935 / PR, rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.9.2002). (BRASIL, 2002, nao paginado, sem grifos no original).

Deste modo, demonstrados os fortes indícios de que houve dissolução irregular, afigura-se plenamente possível o Redirecionamento da Execução Fiscal para os sócios-gerentes, conforme autoriza nossa jurisprudência pátria, precipuamente o STJ, fazendo-se *mister* colacionar os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO-GERENTE. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE.

1. O Tribunal de origem analisou o encerramento irregular da sociedade e a necessidade de formalização de baixa da pessoa jurídica na Junta Comercial, entendendo, todavia, que o redirecionamento de execução contra o sócio demandava que o

exeqüente demonstrasse a prática de atos com excesso de poderes ou com infração de lei. Não há, pois, que se falar em omissão no aresto.

2. O mero inadimplemento tributário não configura violação de lei apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios.

3. A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa autoriza o redirecionamento do executivo fiscal contra os sócios-gerentes.

4. Constitui obrigação elementar do comerciante a atualização de seu registro cadastral junto aos órgãos competentes e, se uma empresa simplesmente fecha o estabelecimento que se encontra registrado perante a junta comercial, dá azo ao indício de que encerrou suas atividades de maneira irregular.

5. Recurso especial provido em parte. (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 868472; Processo: 200601539372 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 28/11/2006 Documento: STJ000724023 DJ DATA: 12/12/2006 PÁGINA: 270; Relator: Min. CASTRO MEIRA) (BRASIL, 2006, não paginado, sem grifos no original).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

1. A exegese dada pelo Tribunal a quo à matéria encontra-se em descompasso com a orientação desta Corte Superior, no tocante ao redirecionamento da execução fiscal em face da dissolução irregular da sociedade, aceitando-se indício de prova de tal dissolução como fator propiciador do redirecionamento.

2. Agravo regimental provido. (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 752956; Processo: 200600510266 UF: BA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data da decisão: 05/12/2006 Documento: STJ000725961 DJ DATA:18/12/2006 PÁGINA: 320; Relatora: Min. DENISE ARRUDA) (BRASIL, 2006, não paginado, sem grifos no original).

Reprise-se ainda que, bastam indícios de que houve dissolução irregular, e não sua comprovação cabal, para fins de deferimento do pedido de redirecionamento para o sócio-gerente. Nesse sentido, é assente a jurisprudência do STJ. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. SÓCIOS. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULAS 7 E 83/STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIA INADEQUADA.

1. **"Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução"** (REsp nº 474.105, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19.12.2003).
2. "Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).
3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).
4. A exceção de pré-executividade não é a via adequada à discussão da presença ou não dos requisitos indispensáveis ao redirecionamento da execução, mas sim os embargos à execução. Precedentes.
5. Agravo regimental improvido. (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 678428; Processo: 200500739542 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data da decisão: 09/08/2005 Documento: STJ000638660 DJ DATA: 19/09/2005 PÁGINA: 284; Relator: Min. CASTRO MEIRA) (BRASIL, 2005, não paginado, sem grifos no original).

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a dissolução irregular, por si só, não autoriza a Desconsideração da Personalidade Jurídica, uma vez o encerramento irregular das atividades empresariais não induz, de modo isolado, desvio da finalidade institucional ou confusão patrimonial, como bem decidiu o STJ, o que será discutido em tópico oportuno no decorrer deste feito.

Ademais, além da hipótese de redirecionamento por dissolução irregular, existe a possibilidade de redirecionamento devido à infração a lei.

Nesse sentido, cumpre ao fisco o ônus de demonstrar no caso concreto a ocorrência de algum dos requisitos autorizadores do Redirecionamento da Execução Fiscal. Para tanto, a Portaria PGFN nº. 180/2010, disposta em anexo, dispõe sobre a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tocante à responsabilização de codevedor.

Trata-se de portaria de observância obrigatória por parte dos Procuradores da Fazenda Nacional, que prega, em seu art. 2ª, que a inclusão de responsável solidário na CDA – Certidão de Dívida Ativa- somente ocorrerá após declaração fundamentada de autoridade competente, da RFB – Receita Federal do Brasil - ou da PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional-, que disporá acerca da ocorrência de pelo menos uma das quatro hipóteses estampadas no art. 135 do CTN.

Nesse sentido, tal obrigatoriedade de prova por parte do fisco coaduna-se com o regramento do NCPC, no atinente ao ônus probatório.

Isto porque, é dispositivo expresso que cabe ao interessado a incumbência de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, nos exatos termos do art. 373, I, do NCPC⁴.

Neste caso, como o interesse no redirecionamento é do fisco, compete a este comprovar a ocorrência de alguma das situações estampadas no art. 135 do CTN.

Deste modo posiciona-se a jurisprudência pátria:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. ÔNUS DA PROVA. 1. **O redirecionamento da execução fiscal do sócio cujo nome não consta na CDA somente é possível se comprovado pela Fazenda que ele agiu com abuso de poder, infração à lei ou estatuto, não se admitindo preenchido o requisito pela mera inadimplência com o Fisco** (REsp 1104900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009 - art. 543-C do CPC). 2. Na hipótese, o nome do sócio não consta da CDA e a Fazenda Nacional não comprovou os requisitos do art. 135, III, do CTN, a permitir o redirecionamento da execução fiscal. 3. Agravo de instrumento desprovido. (TRF-1 - AG: 64877 BA 2008.01.00.064877-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Data de Julgamento: 25/05/2012, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.312 de 08/06/2012) (BRASIL, 2012, não paginado, sem grifo no original).

Cumpra ainda ressaltar, que em determinadas situações específicas ocorre à inversão deste ônus, passando a ser do devedor prova. Isto quando, o nome do corresponsável já consta na Certidão de Dívida Ativa.

Nesse sentido, preleciona a jurisprudência consolidada do STJ:

EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - INCLUSÃO DO NOME DO SÓCIO NA CDA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. 1. **É entendimento pacífico da Primeira Seção que, constando o nome do sócio na CDA, ocorre inversão do ônus da prova. Por gozar a certidão de certeza e**

⁴ NCPC – Lei 13.105/15. Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

liquidez, cabe ao próprio sócio-gerente o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independente de que a ação executiva tenha sido proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa. 2. Inviável o processamento dos embargos de divergência uma vez que a decisão embargada foi proferida no mesmo sentido da jurisprudência do Tribunal. (Súmula 168/STJ) Agravo regimental improvido

(STJ - AgRg nos EREsp: 867483 MG 2007/0072964-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 23/05/2007, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 04.06.2007 p. 293) (BRASIL, 2007, não paginado, sem grifo no original).

Contudo, trata-se da exceção, visto que a regra geral é que compete ao fisco o papel de demonstrar, no caso concreto, a ocorrência de alguma hipótese autorizadora do redirecionamento.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 Introdução Geral e Conceito

De início, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado tem início com o registro de seus atos constitutivos perante a junta comercial competente, conforme inteligência do art. 45 do Código Civil de 2002:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Isto feito, a partir de então, a pessoa jurídica passa a possuir personalidade jurídica própria, conquistando capacidade para ser sujeito ativo ou passivo em atos civis e criminais, bem como patrimônio próprio (distinto de seus membros).

Isto porque, o ordenamento jurídico aplica às pessoas jurídicas os princípios da separação patrimonial e autonomia patrimonial⁵. O primeiro rege que o patrimônio das pessoas jurídicas é totalmente diverso do de seus sócios, de modo que não se confundem. Já o segundo, prega que a pessoa jurídica responde em nome próprio pelos seus atos (autonomia), de modo que assume toda a responsabilidade deles provenientes.

Desta forma dispõe, sabiamente, Farias e Rosenvald (2010, p. 377):

O ordenamento jurídico confere personalidade jurídica às empresas, permitindo que formem uma esfera jurídica e patrimonial autônoma e independente, apartada do patrimônio individual de cada um de seus sócios. É estabelecida, assim, uma espécie de *blindagem patrimonial*, através da qual a pessoa jurídica responde pelas suas dívidas e obrigações com o seu próprio patrimônio.

Assim sendo, partindo desta premissa de patrimônio e responsabilidade autônoma, cumpre tecer as seguintes considerações quanto a Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa.

O instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa (*disregard doctrine*) surgiu no direito brasileiro, de início, pela via jurisprudencial e

⁵ Lei nº 10.406/2002. Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

doutrinária, uma vez que os primeiros diplomas legais a tratar do assunto foram o Código de Defesa do Consumidor, regulamentado em 1990, a Lei de Crimes Ambientais, lei nº 9.605/98 e o Código Civil Brasileiro de 2002.

Nesse sentido, até a promulgação do CDC não existia norma legal que abordasse o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, visto que o Código Civil de 1916 apenas normatizou o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, conforme disposto no *caput* do art. 20, que dispunha no sentido que “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Ademais, ressalte-se que a positivação contida no CDC não abrangia as relações privadas, *lato sensu*, tratando-se apenas de microrelações, aquelas envolvendo relação consumerista, de modo que tal instituto passou a ter fundamentação legal para aplicação nas demais relações privadas apenas quando da positivação do tema no Código Civil Brasileiro de 2002.

Ocorre que, a exploração de atividade econômica via utilização de empresas nada mais é do que uma vertente do direito de propriedade. Isto porque, os membros daquela pessoa jurídica, a partir do momento em que fixado a forma e objeto estatutário desta, exercem sobre ela os atributos inerentes a uma propriedade, quais sejam, usar, gozar, dispor, etc.

Noutras palavras, a personalidade jurídica das sociedades empresárias é a pura manifestação do direito de propriedade, tendo em vista que uma sociedade empresária é fundada na concretização de valores individuais de seus sócios, sendo, a partir de sua estruturação, um bem por meio do qual seus membros exercem sua propriedade.

Deste modo, ensina Didier (2006, p. 05):

A pessoa jurídica é técnica criada para o exercício da atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade, já tão estudada e expressamente prevista na Constituição Federal.

Contudo, diante da positivação expressa no Código Civil Brasileiro de 1916 do princípio da Autonomia Patrimonial das pessoas jurídicas, combinado ao fato da inexistência, até então, de norma legal apta a sancionar aqueles que infringissem os limites do referido princípio, tornou-se muito comum a utilização de empresas com fulcro de fraudar credores.

Isto porque, de um lado restava positivado que a pessoa jurídica tinha existência própria distinta de seus membros, razão pela qual respondia plenamente e integralmente pelas responsabilidades dos seus atos, e de outro lado não existia nenhuma exceção legal a esta regra, o que deixou espaço aberto para prática de ilícitos.

Deste modo, diante deste espaço normativo deixado pelo Código Civil de 1916, muitas pessoas jurídicas passaram a ser utilizadas para pratica de atos ilícitos, fraudes, abusos, dentre outros, lesando credores de boa fé, desvirtuando assim das suas funções sociais originárias.

Nesse sentido, pensa Campinho (2005 apud BOEIRA, 2011, p. 3):

Em função da autonomia de patrimônio verificável a partir da personificação da sociedade que passa a ser titular de um patrimônio distinto, inconfundível com o patrimônio particular de cada sócio que a compõe, passou a pessoa jurídica da sociedade, em certas circunstâncias, a ser instrumento para a perpetração de fraude contra os credores. Torna-se a pessoa jurídica manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo.

Sendo assim, a personalização, muitas vezes, vinha se tornando instrumento para a prática de atos ilícitos, bem como obstáculo à satisfação do crédito do sujeito lesado, razão pela qual surgiu a necessidade de relativizar-se o princípio da Autonomia Patrimonial das empresas, possibilitando, casualmente, que a responsabilidade recaia sobre o patrimônio dos sócios, como forma de corrigir os atos fraudulentos praticados.

De tal forma, expõe, brilhantemente, Didier (1969 apud REQUIÃO, 2006, p. 6):

Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso.

Nesse sentido, derivada desse ideal de função social da pessoa jurídica, surge à teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, como uma forma de conter os abusos que vinham sendo cometidos com as desvirtuações das funções sociais originárias das pessoas jurídicas criadas.

Nesse diapasão, tal instituto nada mais é do que uma sanção aplicada à utilização abusiva da personalidade jurídica das empresas, visto que tal teoria tem como finalidade suspender episodicamente a personalidade jurídica da empresa, de modo a atingir os bens patrimoniais de seus sócios, como forma de sanção e restituição pelos débitos contraídos devido aos abusos cometidos.

Portanto, sempre que o manto da personalidade da sociedade empresária se mostrar um obstáculo à aferição de responsabilidade de atos ilícitos deverá este ser temporariamente levantado, em defesa à própria função social da empresa que foi violada.

Ademais, para aplicação do instituto aqui discutido, existem duas teorias aplicáveis: Teoria Maior e Teoria Menor.

A primeira delas, Teoria Maior, encontra-se disciplinada no art. 50 do Código Civil de 2002, pregando que em se tratando de abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, deve ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, para atingir os bens de seus sócios ou administradores.

A segunda, Teoria Menor, encontra-se disciplinada no art. 28 Código de Defesa do Consumidor e art. 4º da lei nº 9.605/98, possuindo aplicação mais restrita, atinentes a questões consumeristas, trabalhistas e ambientais.

Isto posto, finda a parte conceitual, dar-se-á início a explicitação das referidas teorias.

3.2 Teoria Maior e Teoria Menor

Prima facie, como já dito, a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica de empresa encontra-se regulada pelo art. 50 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas

relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Esta teoria, como a própria nomenclatura deixa claro, tem maior abrangência que a Teoria Menor, devendo ser utilizada em todos os casos, exceto àqueles de matéria trabalhista, consumerista ou ambiental.

Neste sentido, pode-se afirmar que sua aplicação é regra geral, enquanto que a aplicação da Teoria Menor é regra específica, apenas para determinadas matérias.

Ressalte-se que a doutrina utiliza duas classificações para a teoria maior, quais sejam, objetiva e subjetiva. Entende-se por teoria maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica objetiva quando constatado a confusão patrimonial, situação que, em tese, possui maior facilidade de ser comprovada. Já a classificação subjetiva diz respeito à constatação do desvio de finalidade, algo mais difícil, em tese, de ser comprovado no caso concreto, necessitando de maior dilação probatória.

Assim sendo, de modo geral, segundo a teoria maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, é possível o afastamento, em caráter excepcional, do manto protetivo da personalidade jurídica da empresa, quando constatado no caso concreto o abuso de sua personalidade, seja pela modalidade de desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Noutras palavras, em se tratando de abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, deve ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, para atingir os bens de seus sócios ou administradores.

Assim, resta claro que para esta teoria é necessário à caracterização dos elementos dispostos diploma legal correlato (art. 50, CC/2002), não bastando a mera inadimplência da pessoa jurídica, quais sejam, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Nesse sentido, preceitua Gomes (2015, p. 122/123):

Como é possível observar, para a referida teoria, a pessoa jurídica não precisa estar necessariamente insolvente e, portanto, impossibilitada financeiramente de cumprir com suas obrigações. É preciso que reste configurado o elemento subjetivo (desvio de finalidade) ou o elemento objetivo (confusão patrimonial).

Para tanto, entende-se por desvio de finalidade os atos intencionais dos sócios que buscam fraudar credores com o uso abusivo da personalidade jurídica da empresa. Ou seja, atos que se desvirtuam do objeto social da empresa, contrários a boa-fé e que fogem à função social da pessoa jurídica, resultando em prejuízo de terceiros.

Ademais, a confusão patrimonial ocorre quando inexiste, no campo fático, separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios. Ou seja, quando no caso concreto não é possível visualizar claramente uma distinção entre o patrimônio da empresa e de seus sócios, resta demonstrada a confusão patrimonial (mistura de bens), o que também configura abuso da personalidade jurídica da empresa e conseguinte elemento autorizador da desconsideração desta.

Deste modo, é o entendimento majoritário e atual da jurisprudência do STJ:

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO. 1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas. 2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, **desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência**. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração. 3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por "possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada", o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. **Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.** 4. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 200401402470, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:30/11/2009 ..DTPB:.) (BRASIL, 2009, não paginado, sem grifos no original).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

- A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.

- A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

- Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, **somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.** Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (RESP 200701587808, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:01/12/2009 RB VOL.:00554 PG:00029 REVJUR VOL.:00386 PG:00163 ..DTPB:.) (BRASIL, 2009, não paginado, sem grifos no original).

Ressalte-se ainda, que a aplicação da desconsideração supradita não pode ocorrer de ofício pelo magistrado, visto que o próprio diploma legal exige, para tanto, o requerimento da parte ou do Ministério Público.

Ademais, em certas hipóteses legais ganha aplicação a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, razão pela qual cumpre tecer as seguintes considerações.

De início, partindo da interpretação literal da nomenclatura dada a esta modalidade de desconsideração, denota-se que detêm campo de aplicação mais restrito do que referente à teoria maior, sendo aplicada as relações trabalhistas, consumeristas e ambientais.

Tal teoria possui como base normativa o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (sem grifos no original):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Outrossim, dispõe o art. 4º da Lei de Crimes Ambientais nº 9.605/98 (sem grifos no original):

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Ressalte-se aqui, que uma análise descuidada do texto legal do art. 28 do CDC, acima colacionado, poderia levar a falsa impressão da necessidade de preenchimento de certos requisitos para a decretação da desconsideração, contudo, o parágrafo 5º do referido diploma legal abre o leque para o magistrado desconsiderar a personalidade da empresa sem cumprimento de qualquer requisito, apenas quando isto for conveniente para o ressarcimento dos prejuízos causados.

Assim sendo, segundo esta teoria, o simples inadimplemento autoriza a Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, recaindo sobre o patrimônio dos seus sócios a obrigação devida. Ou seja, para esta vertente a mera impontualidade ou insatisfação do crédito autoriza a execução do patrimônio dos seus sócios.

Deste modo, também dispõe Gomes (2015, p. 122):

Observa-se do enunciado acima que o dispositivo legal possibilita a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato de haver “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Assim, basta o mero prejuízo ao consumidor para que a desconsideração seja deferida.

Outrossim, sempre que a personalidade da pessoa jurídica se mostrar empecilho à reparação dos danos causados à qualidade do meio ambiente esta

poderá ser desconsiderada, sem necessidade de perquirir acerca de requisitos materiais, trata-se aqui de regras puramente objetivas.

Nesse sentido, esta teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica do empreendimento econômico busca responsabilizar seus sócios, gerentes ou não, bem como as demais empresas do grupo econômico, pelos débitos da sociedade, sem perquirir a ocorrência ou não de prática de atos referentes a excesso de mandato, até porque, assim como a empresa apresenta finalidade lucrativa, os componentes do grupo econômico devem, da mesma maneira, suportar os inerentes riscos da atividade empresarial.

Deste modo, tal entendimento é calcado na ideia que o risco empresarial é atinente às atividades econômicas e não pode ser suportado por terceiros contratados pela pessoa jurídica, bem como na ideia de conservação do meio ambiente sustentável, que necessita de maior proteção, até como modo preventivo de evitar condutas que o denigram.

Nessa senda, havendo demonstração de inobservância de normas tutelares, a responsabilidade dos integrantes do grupo econômico passa a ser solidária e ilimitada, alcançando-se o seu patrimônio individual, que passa até a confundir-se com o patrimônio da pessoa jurídica.

Trata-se, portanto, de uma modalidade de Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa puramente objetiva.

Isto porque, em se tratando de direito do consumidor e ambiental, estar-se diante de direitos que fogem a alçada de um único indivíduo, visto que tais direitos atingem uma coletividade, são direitos transindividuais, razão pela qual merecem um tratamento legal mais rigoroso no sentido de suas proteções.

Outrossim, o primado da justiça do trabalho é a proteção do hipossuficiente contra as garras dos hiperssuficientes, o que justifica uma proteção legal mais consistente.

Acerca da aplicação da teoria menor, destaquem-se os seguintes julgados dos tribunais nacionais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

[...]

Em primeiro lugar, insta salientar que em razão de sua natureza de Pessoa Jurídica de Direito Público, a agravante não se sujeita aos preceitos contidos na Lei nº 11.101/2005 (que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade

empresária), mas aos efeitos da norma insculpida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação analógica no caso concreto, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em casos desse jaez, adotando a "teoria menor", a qual exige, para a desconsideração **apenas a apresentação da personalidade como um obstáculo ao ressarcimento do crédito**. (Ag-AIRR - 70000-06.2002.5.02.0315 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 01/04/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014) (BRASIL, 2014, não paginado, sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O art. 93, inciso IX, da Constituição da República, ao preceituar que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, não exige que o julgador rebata, ponto a ponto, todos os argumentos articulados pelas partes, assim, tendo o Tribunal a quo se manifestado de forma fundamentada em relação aos pontos indicados como omissos, ainda que contrariamente aos interesses da Recorrente, verifica-se satisfeita a entrega jurisdicional. **TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. SOLVÊNCIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS DIRETAMENTE PELA PESSOA FÍSICA SÓCIO TITULAR.** Se o Tribunal utiliza-se de três fundamentos distintos para negar provimento ao Agravo de Petição e a parte se insurge apenas quanto a um, resta demonstrada sua resignação em relação aos outros fundamentos e a automática subsistência do acórdão recorrido. **MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. EXECUÇÃO.** Recurso desfundamentado, por não indicar violação direta a dispositivo constitucional. Agravo de Instrumento não provido. (AIRR - 1482-40.2010.5.12.0012 , Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de Julgamento: 13/06/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2012) (BRASIL, 2012, não paginado, sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. **AMBIENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 4º DA LEI 9.605/98.** DEFERIMENTO. **Aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, acolhida no sistema jurídico pátrio no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70063254916, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 21/01/2015).

(TJ-RS - AI: 70063254916 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 21/01/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/01/2015) (BRASIL, 2015, não paginado, sem grifos no original)

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOSÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

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

- Para a teoria menor, **o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro** que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - **A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.** - Recursos especiais não conhecidos.

RESP 200000971847, Ari Pargendler, STJ - Terceira Turma, DJ Data: 29/03/2004 PG: 00230 RDR VOL.: 00029 PG: 00356. (BRASIL, 2004, não paginado, sem grifos no original)

Nessa senda, pelo exposto, esta teoria se mostra como um avanço no sentido de proteção de bens jurídicos e relações jurídicas mais sensíveis.

3.3 Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução fiscal

Em que pese na maioria esmagadora dos casos de inclusões dos sócios no polo passivo de Execução Fiscal ser aplicado o instituto do Redirecionamento da Execução Fiscal, é plenamente possível à aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no feito executivo fiscal.

Neste caso, a inclusão dos sócios corresponsáveis se dá pela aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, disciplinada no Código Civil.

Para tanto, deve ser demonstrado pelo fisco o abuso da personalidade jurídica da empresa, seja por confusão patrimonial ou desvio de finalidade, conforme explicitado anteriormente.

Assim sendo, uma vez comprovados tais requisitos o magistrado poderá levantar o véu da personalidade jurídica da empresa para atingir o patrimônio pessoal dos seus sócios, aplicando, para tanto, a Desconsideração da Personalidade Jurídica dentro da Execução Fiscal.

Deste modo, em se tratando de Execução Fiscal, o sócio pode se tornar corresponsável solidário por aplicação do Redirecionamento da Execução Fiscal ou da Desconsideração da Personalidade Jurídica, a depender do caso concreto, visto que cada instituto possui seus requisitos legais.

Saliente-se que, tanto a teoria maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica quanto a menor podem ser aplicadas na Execução Fiscal, sendo esta última aplicada às Execuções Fiscais de competência trabalhista.

Ademais, cumpre destacar que a dissolução irregular da empresa, por si só, não é hipótese autorizadora da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Isto porque, o encerramento irregular da empresa que não deixou bens suscetíveis de penhora não basta para decretação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, uma vez que apenas este fato não induz, *per si*, abuso de direito, confusão patrimonial ou desvio de poder.

Isso não significa que o encerramento irregular da empresa jamais será causa de Desconsideração da Personalidade Jurídica, mas tão somente quando comprovadas outras circunstâncias fáticas autorizadoras.

Nesse sentido, para se falar em Desconsideração da Personalidade Jurídica é necessário demonstrar no caso concreto que a dissolução irregular da empresa fora arditosamente provocada justamente com o intuito de fraudar credores em benefícios de terceiros, como bem entende o STJ:

CIVIL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE. ART. ANALISADO: 50, CC/02.

1. Ação de prestação de contas distribuída em 2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/07/2013.

2. **Discute-se se o encerramento irregular da sociedade empresária, que não deixou bens suscetíveis de penhora, por si só, constitui fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica.**

3. A criação de uma sociedade de responsabilidade limitada visa, sobretudo, à limitação para os sócios dos riscos da atividade econômica, cujo exercício, por sua vez, a todos interessa, na medida em que incentiva a produção de riquezas, aumenta a arrecadação de tributos, cria empregos e gera renda, contribuindo, portanto, com o desenvolvimento socioeconômico do País.

4. No entanto, o desvirtuamento da atividade empresarial, porque constitui verdadeiro abuso de direito dos sócios e/ou administradores, é punido pelo ordenamento jurídico com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, medida excepcional para permitir que, momentaneamente, sejam atingidos os bens da pessoa natural, de modo a privilegiar a boa-fé nas relações privadas.

5. **A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário arditosamente provocado de modo a impedir a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial.**

6. No particular, tendo a instância ordinária concluído pela inexistência de indícios do abuso da personalidade jurídica pelos sócios, incabível a adoção da medida extrema prevista no art. 50 do CC/02.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ - REsp: 1395288 SP 2013/0151854-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014) (BRASIL, 2014, não paginado, sem grifos no original).

Destarte, conclui-se que, segundo o STJ, a dissolução irregular dolosa, com intuito de fraude, é circunstância que autoriza induzir o abuso de direito necessário à aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, visto que, neste caso, estar-se-ia diante de confusão patrimonial e/ou desvio de finalidade.

Deste modo, a Súmula 435 do STJ, tratada anteriormente (item 1.5.2 deste trabalho), não se aplica a Desconsideração da Personalidade Jurídica, mas apenas ao Redirecionamento da Execução Fiscal:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. REQUISITOS AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. A mera circunstância de a empresa devedora ter encerrado suas atividades sem baixa na Junta Comercial, se não evidenciado dano decorrente de violação ao contrato social da empresa, fraude, ilegalidade, confusão patrimonial ou desvio de finalidade da sociedade empresarial, não autoriza a desconsideração de sua personalidade para atingir bens pessoais de herdeiro de sócio falecido. Inaplicabilidade da Súmula 435/STJ, que trata de redirecionamento de execução fiscal ao sócio-gerente de empresa irregularmente dissolvida, à luz de preceitos do Código Tributário Nacional.

3. Hipótese em que ao tempo do encerramento informal das atividades da empresa executada sequer havia sido ajuizada a ação ordinária, no curso da qual foi proferida, à revelia, a sentença exequenda, anos após o óbito do sócio-gerente e a homologação da sentença de partilha no inventário.

4. Encontrando-se o acórdão impugnado no recurso especial em consonância com o entendimento deste Tribunal, incide o enunciado da Súmula 83/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 762.555/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012) (BRASIL, 2012, não paginado, sem grifo no original).

Entretanto, a dissolução irregular, de modo isolado, é circunstância autorizadora do Redirecionamento da Execução Fiscal, razão pela qual tal instituto é bem mais aplicado na prática, visto que não exige maior dilação probatória, sendo necessária apenas a constatação da dissolução irregular, nos termos da Súmula 435 do STJ.

3.4 Incidente De Desconsideração Da Personalidade Jurídica – NCCP

Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor em 1990, da Lei nº 9.605/98 e do Código Civil de 2002 passaram a existir normas materiais expressas atinentes a Desconsideração da Personalidade Jurídica das Pessoas Jurídicas, contudo, não se pode dizer o mesmo quanto a normas processuais.

Isto porque, o único diploma legal que abordou as normas procedimentais referentes a tal instituto só entrou em vigor em 18.03.2016, qual seja, o Novo Código de Processo Civil – NCCP-, Lei nº 13.105/2015.

Assim sendo, até então não existia regulamento normativo sobre o procedimento a ser utilizado quando da Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, o que abria margens para interpretações diversas.

Nesse sentido, a doutrina se dividia em duas correntes: aqueles que defendiam a desnecessidade de uma ação autônoma, podendo ocorrer no decorrer de um processo já em andamento; e aqueles que defendiam a necessidade de uma ação autônoma para aplicação do incidente, ou seja, um processo com cognição plena e profunda, cercado pelo contraditório e ampla defesa.

Entretanto, o STJ adotava o posicionamento que entendia ser correta a primeira corrente explicitada acima, que prega a desnecessidade de ação autônoma, podendo o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica ser aplicado no decorrer de um processo em andamento:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO. REVELIA. EFEITOS. GRUPO DE SOCIEDADES. ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. ADMINISTRAÇÃO SOB UNIDADE GERENCIAL, LABORAL E PATRIMONIAL. GESTÃO FRAUDULENTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO SÓCIO MAJORITÁRIO E ÀS DEMAIS SOCIEDADES DO GRUPO. POSSIBILIDADE.

- A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do Juiz. Precedentes.

- Havendo gestão fraudulenta e pertencendo a pessoa jurídica devedora a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade

gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da devedora para que os efeitos da execução alcancem as demais sociedades do grupo e os bens do sócio majoritário.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

(RESP 200100968948, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:24/06/2002 PG:00297 JBCC VOL.:00196 PG:00103 ..DTPB:.) (BRASIL, 2002, não paginado, sem grifos no original)

Ocorre que, com a entrada em vigor no NCPC tal dúvida fora sanada, tendo em vista que em seu Capítulo IV do Título III (Da intervenção de terceiros), arts. 133 a 137, fora estipulado o procedimento a ser aplicado na Desconsideração da Personalidade Jurídica passa, que será um incidente processual, no qual será assegurado o contraditório e ampla defesa, conforme inteligência do art. 134 do diploma legal: “O 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”.

Percebe-se, assim, que restaram positivados traços das correntes doutrinárias antes existentes (1ª corrente - desnecessidade de ação autônoma – mais 2ª corrente – garantia do contraditório e ampla defesa-).

Ressalte-se ainda que, o art. 134, § 2º do NCPC prevê que a Desconsideração da Personalidade Jurídica poderá vir a ser requerida na petição inicial, hipótese onde será dispensada a instauração do incidente e o sócio será citado já para contestar a inicial: “§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a Desconsideração da Personalidade Jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”.

Nesse aspecto, cumpre ainda colacionar o enunciado nº 248 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ocorrido em 03.05.2015: “Quando a Desconsideração da Personalidade Jurídica for requerida na petição inicial, incumbe

ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

Por seguinte, uma vez instaurado o incidente para a desconsideração, suspende-se o curso do processo principal até findo o julgamento do daquele, exceto quando tal incidente for requerido na petição inicial, conforme dispõe o §3º do art. 134 do NCPC: “A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º”.

Ademais, fora mantida a legitimidade ativa da parte e do Ministério Público para requerimento da desconsideração, como antes já restava consignado por força do art. 50 do Código Civil brasileiro, mas agora disciplinado no art. 133 do NCPC: “O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

Deste modo, continua a não ser cabível a Desconsideração da Personalidade Jurídica de ofício pelo magistrado, visto que o novo Código de Processo Civil nada diz a respeito, cominado ao fato que, expressamente, elenca os legitimados para tanto.

Ressalte-se ainda que os pressupostos para configuração da hipótese de Desconsideração da Personalidade Jurídica continuam sendo os dispostos no direito material, visto que a regulamentação aqui tratada se resume apenas ao tipo processual a ser aplicado, não alterando a parte material do instituto, conforme inteligência do § 1º do art. 133 do NCPC: “§ 1º O pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica observará os pressupostos previstos em lei”.

Ademais, importante inovação legal encontra-se positivada no art. 135 do NCPC, que dispõe acerca da obrigação de citação prévia do sócio ou da pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias, antes do julgamento do incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica: “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”.

Isto significa que deverá ser oportunizada ao sócio a possibilidade de contestar o pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica antes de o magistrado decidir a respeito, de modo que lhe seja garantido o contraditório, formal e substancial, e a ampla defesa.

Tal inovação tem suma importância, tendo em vista que até então o sócio só era citado quando já havia sido deferida a Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, quando este já estava incluído no polo passivo da demanda.

Assim sendo, o incidente previsto no NCPC veio para resguardar os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, visto que até então, em se tratando de Desconsideração da Personalidade Jurídica, não eram completamente atendidos.

Ressalte-se, ainda, que o magistrado é obrigado a aplicar as regras do IDPJ, sem escusas, conforme determina o art. 795, § 4º do NCPC: “§ 4º Para a Desconsideração da Personalidade Jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

Por fim, a decisão que decide o incidente de desconsideração possui natureza de interlocutória, podendo ser combatida por Agravo de Instrumento.

4. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

4.1 Considerações Gerais

De início, resta deixar claro que em se tratando da aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal, deverá ser aplicado o IDPJ, pois neste caso estar-se-á diante do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, *stricto sensu*, procedimentalizado pelo NCPC.

Ademais, como delineado anteriormente, os dois institutos aqui discutidos, Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa e Redirecionamento da Execução Fiscal, tem finalidade idêntica, qual seja, levantar, temporariamente, o véu da personalidade jurídica da empresa de modo que os seus sócios respondam com patrimônio pessoal pelas obrigações inadimplidas pela pessoa jurídica, uma vez atendidos os requisitos autorizadores contidos no art. 50 do Código Civil ou 135 do Código Tributário Nacional, respectivamente.

Nesse sentido, recente alteração legislativa positivou o procedimento atinente à Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa (Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica), principalmente no que consta da obrigação do magistrado citar o sócio antes que julgue o pleito de desconsideração, de modo que este possa se manifestar acerca de sua possível inclusão no polo passivo da demanda⁶, garantindo assim um contraditório prévio.

Contudo, em se tratando de Redirecionamento da Execução Fiscal (saliente-se que, a expressão Redirecionamento da Execução Fiscal abrange as hipóteses de infração à lei e a dissolução irregular), o procedimento adotado na prática ocorre de forma contrária, uma vez que o sócio é citado apenas após ser incluído no polo passivo da demanda, como corresponsável solidário da empresa executada, ou seja, somente é dada vista dos autos ao sócio quando já foi deferida sua inclusão como devedor.

Caso o pleito de Redirecionamento da Execução seja indeferido o sócio sequer toma ciência de tal feito.

⁶ NCPC – Lei 13.105/15. 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.

Nessa senda, não é oportunizado ao sócio, no âmbito do Redirecionamento da Execução Fiscal, o exercício do contraditório pleno. Isto porque, mesmo que este possa contestar sua inclusão por meio de embargos à execução, ressalte-se a necessidade de garantia da execução para tanto, garantindo assim o contraditório formal, tal procedimento fere o direito constitucional ao contraditório substancial, que seria o poder de influenciar na decisão, antes desta ser proferida.

Nesse diapasão, há uma evidente mitigação de direitos constitucionais conferidos ao sócio quando do Redirecionamento da Execução Fiscal, o que vai de encontro ao ideal de Estado Democrático de Direito, e, principalmente, ao Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, garantias básicas estabelecidas pelo texto maior.

Nestes casos, se mostra devido aplicar, por analogia⁷, as regras atinentes ao IDPJ, principalmente a disposição quanto à citação prévia do sócio para se manifestar antes de tomar a decisão de incluí-lo ou não como devedor corresponsável.

Não bastante, a lei que rege as Execuções Fiscais, Lei nº 6.830/80 estabelece que, quando de sua omissão acerca de determinado assunto, o NCPC deverá ser utilizado como fonte subsidiária das execuções fiscais⁸.

Destarte, tendo em vista a ausência de procedimento positivado quanto ao Redirecionamento da execução fiscal na lei supradita, deverá utilizar subsidiariamente, por analogia, o procedimento positivado no NCPC referente à Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa também ao Redirecionamento da Execução Fiscal, garantindo assim o real Devido Processo Legal, oportunizando ao sócio o exercício pleno do Contraditório e Ampla Defesa, resguardando-se as garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

Deste modo, partindo destas linhas de pensamento, cumpre tecer as seguintes considerações.

⁷ DECRETO-LEI Nº 4.657/1942 - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁸ Lei 6.830/81 - Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

4.2 Garantia do Devido Processo Legal

A origem da expressão “devido processo legal” não é uníssona entre a doutrina, entretanto, costuma ser creditada à previsão contida na Carta Magna de João sem Terra, de 1215, que utilizava a expressão *law of the land* (lei da terra), e futuramente em lei inglesa, onde surgiu a expressão *due process of law* (devido processo legal), em 1354 (NEVES, 2015, p. 80).

De todo modo, o entendimento acerca do que seja um processo devido vem sempre sendo alterado com o passar do tempo, em prol de atender as necessidades sociais vigentes, sendo, portanto, um conceito indeterminado (NEVES, 2015, p. 80).

Nesse sentido, a definição atual do que seja um processo devido não é a mesma de tempos atrás, visto que tal conceito é objeto da evolução social, ou seja, o que é um processo devido hoje pode não ser devido tempos atrás.

Saliente-se que, a ideia de processo devido ganhou imensa força no direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, que positivou o princípio do devido processo legal em seu art. 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esta por sua vez trouxe diversas garantias e princípios corolários do princípio basilar do devido processo legal, de modo que atualmente o devido processo legal é visto como um direito fundamental complexo (DIDIER, 2015, p. 66), tendo em vista que abrange diversos outros direitos, dentre eles o contraditório e ampla defesa.

Deste modo, dispõe Didier (2006 apud ÁVILA, 2015, p.67):

O princípio do devido processo legal tem a “função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade” dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso. Trata-se da função interativa dos princípios, examinada no capítulo introdutório deste volume do Curso. Desse princípio constitucional extraem-se, então, outras normas (princípios e regras), além de direitos fundamentais ainda sem o respectivo texto constitucional.

A visão moderna do princípio do devido processo legal o divide em dois aspectos: formal e substancial.

Sob o âmbito formal o direito ao devido processo legal é visto como a observância das garantias processuais no sentido estrito, por exemplo, contraditório, juiz natural etc. Quanto ao aspecto substancial, o devido processo legal no âmbito

jurídico brasileiro é visto com as máximas de aplicação da proporcionalidade e razoabilidade (DIDIER, 2015, p. 71). Assim sendo, um processo devido é aquele proporcional e razoável.

Noutras palavras, o sentido formal diz respeito à observância do procedimento do processo em si, ou seja, observância dos princípios processuais na condução do processo, enquanto que o sentido substancial do referido princípio, diz respeito ao campo de elaboração e interpretação das normas jurídicas, de modo que impede a atividade legislativa abusiva da Administração pública, bem como impõe um dever de razoabilidade na interpretação de tais normas.

Aqui, como exemplo do devido processo legal no sentido formal o NCPD expressamente disciplina a obrigação de paridade de tratamento às partes, devendo ser-lhes garantidos os mesmos exercícios de direitos e faculdades processuais, devendo o magistrado intervir para cumprimento de tal disposição⁹, resultado da nova roupagem do processo participativo.

Cumprido destacar aqui a obrigação expressa para o magistrado, quando da aplicação do ordenamento jurídico, de observar, dentre outras, as máximas da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana¹⁰, nada mais do que o devido processo substancial.

Ocorre que, a visão atual do devido processo legal, diante do Estado Democrático de Direito, é a promoção de um processo justo (MITIDIERO, 2015, p. 489).

Para tanto, o novo diploma processual civil busca promover não apenas um processo *ipsis litteris*, mas um processo adequado, eficaz, que atenda os direitos e garantias dos indivíduos, buscando a plena concretização dos ditames constitucionais.

Outrossim, o devido processo legal deixa de ser visto apenas como uma forma de anteparo ao arbítrio estatal, para ser visto como o direito a um processo justo, efetivo, adequado, regulado. Portanto, é dever do Estado, por meio de seus poderes, propiciar um processo justo.

Nesse diapasão pensa Marinoni (2011 apud MITIDIERO, 2015, p. 491):

⁹ NCPD – Lei 13.105/15. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹⁰ NCPD – Lei 13.105/15. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Em primeiro lugar, do ponto de vista da "divisão do trabalho" processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. Daí a razão pela qual o NCPC positivou expressamente o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração (art. 6.º do CPC). *O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões.* Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva* (arts. 5.º, XXXV, CF/1988, e 3.º do CPC), em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório* (arts. 5.º, I e LV, da CF/1988, e 7.º, 9.º e 10 do CPC), com ampla defesa, com direito à prova, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados* (arts. 93, IX, CF/1988, e 11 e 489 do CPC), em procedimento *público* (arts. 5.º, LX, 93, IX, CF/1988, e 11 e 189 do CPC), com *duração razoável* (arts. 5.º, LXXVIII, CF/1988, e 4.º do CPC) e em, em sendo o caso, com direito à *assistência jurídica integral* e com formação de *coisa julgada*.

Aliás, destaque-se que este processo justo deve durar tempo razoável¹¹ e gerar uma decisão de mérito justa e efetiva¹².

Isto posto, não é cabível dentro do ordenamento jurídico brasileiro um procedimento que não vele pelo processo justo. Deste modo, o procedimento aplicado atualmente no Redirecionamento da Execução Fiscal não se coaduna com a visão atual do devido processo legal, uma vez que não atende a visão moderna de devido processo legal, devendo, portanto, ser revisto.

4.3 Contraditório e Ampla Defesa

Como dito, o princípio do devido processo legal busca promover a efetiva proteção constitucional do indivíduo perante os arbítrios estatais, em prol da concretização dos direitos e garantias fundamentais estampados no texto constitucional, dentre eles o contraditório e ampla defesa, em prol de se alcançar o processo justo.

Para tanto, deve ser garantido ao indivíduo em processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório e ampla defesa, conforme substancia o art. 5º, LV, da Constituição Federal da 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou

¹¹ NCPC – Lei 13.105/15. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹² NCPC – Lei 13.105/15. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse diapasão, o direito fundamental ao contraditório é visto como um dos reflexos da democracia, no sentido que democracia é tida como a participação, e esta, no âmbito do processo, é tida como o contraditório, como dispõe DIDIER (2015, p. 78):

o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

Saliente-se que, o contraditório clássico se resume no binômio “informação e possibilidade de reação” (NEVES, 2015, p. 81), também conhecido como paridade de armas no processo¹³. Sendo assim, as partes devem ser comunicadas de todos os atos processuais (informação), abrindo a oportunidade para que elas, caso queiram, se manifestem quanto aquele ato (reação).

Contudo, atualmente, a partir da visão moderna do devido processo legal como direito ao processo justo, o contraditório pleno não mais se perfaz com a possibilidade de informação e reação, é necessário, além disso, que a parte possa exercer o “poder de influência” (NEVES, 2015, p. 83) para com o convencimento do juiz.

Deste modo, tal poder se torna o terceiro elemento do princípio do contraditório (1º informação; 2º reação; 3º poder de influência), refletindo na oportunidade concedida a parte para que possa influenciar acerca da questão a ser decidida pelo magistrado, influenciando seu convencimento.

Noutras palavras, a parte tem o direito de ver seus argumentos considerados pelo magistrado frente a qualquer decisão dentro do processo, de modo que estes, casos plausíveis e sensatos, possam influenciar o convencimento do juiz.

Ademais, bem como o devido processo legal, o princípio do contraditório possui dois aspectos: formal e substancial. A garantia de participação no processo é

¹³ NCPC – Lei 13.105/15. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

vista como o contraditório formal, onde o simples ato de ouvir a parte simbolizaria o atendimento do contraditório.

Todavia, apenas ser ouvido dentro do processo não reflete a aplicação efetiva do contraditório, além disso, é necessário dar a parte a possibilidade de poder influenciar na decisão, sob pena de supressão de direito fundamental ao contraditório.

Desta forma explica Neves (2015, p. 83):

A reação deve ser apta a efetivamente influenciar o juiz na prolação de sua decisão porque em caso contrário o contraditório “seria mais um princípio para inglês ver”, sem grande significação prática. O “poder de influência” passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação.

Assim, o contraditório sob o aspecto substancial impede a prolação de decisões surpresas. Isso significa que qualquer decisão submetida a julgamento, imprescindivelmente, deve passar antes pelo conhecimento da parte contrária, possibilitando a esta exercer o poder de influência perante o magistrado, pois só assim estará oportunizado o real contraditório, conforme explicita Didier (2015, p.79):

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Ressalte-se que o NCPC prega em diversos artigos o zelo por este ideal de contraditório, vedando decisões surpresas, como se estampa, por exemplo, do art. 10 do referido diploma¹⁴.

Cumpramos destacar aqui o seguinte julgado, que se mostra de um conhecimento impar acerca do tema aqui debatido:

¹⁴ NCPC – Lei 13.105/15 Art. 10. 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.

TJ-RJ - RECURSO INOMINADO: RI 00210170820108190206 RJ 0021017-08.2010.8.19.0206. Processo n.º 0021017-08.2010.8.19.0206 R E L A T Ó R I O.

Entende-se por contraditório, a garantia que têm os interessados de que poderão participar do procedimento de formação de um determinado resultado, nele intervindo e influenciando, segundo a concepção de ELIO FAZZALARI. Esta garantia pode ser interpretada, como fenômeno jurídico, como sendo a garantia de que os interessados no processo terão informação necessária, reação possível. Não se pode aqui, deixar de referir o clássico conceito de contraditório encontrado na obra de notável processualista penal de São Paulo o professor JOAQUIM CANUTO, verbis: "O contraditório é, pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los". Em outras palavras, o contraditório pode ser entendido como o binômio "necessidade de informação + possibilidade de manifestação". O contraditório não é, porém, apenas esta garantia formal. Mais do que isso, o contraditório é uma porta aberta para que os interessados no resultado a ser obtido através de um procedimento nele influam, com suas alegações, provas, recursos (enfim, com sua conduta), interferindo no resultado do processo. Trata-se, como facilmente se vê, de uma garantia de natureza política, mais do que jurídica, destinando-se a legitimar a atuação estatal. É de se recordar que, sendo o processo jurisdicional um instrumento de atuação do Estado Democrático de Direito, deve ele ser visto como um microsomo de atuação estatal, devendo ser qualificado como "Democrático de Direito". Significa isto dizer que só terá processo democrático (e, por conseguinte, **processo justo**, due process of law) onde houver observância do princípio do contraditório. Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota PONTES DE MIRANDA - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda no 1, 1969. T. V, p. 234). Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico JOÃO BARBALHO, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão, que: "Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira - Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281;

BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: **1) direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; **2) direito de manifestação** (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; **3) direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte -Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 85-99).

Posto isso, conheço do recurso e VOTO no sentido de que lhe seja dado provimento, para reformar a sentença, JULGANDO EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, com fulcro no art. 51, II da Lei nº 9.099/95. Sem custas e honorários. Rio de Janeiro, 28 de março de 2012. FÁBIO RIBEIRO PORTO Juiz de Direito

(TJ-RJ - RI: 00210170820108190206 RJ 0021017-08.2010.8.19.0206, Relator: FABIO RIBEIRO PORTO, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: 15/06/2012 13:10) (BRASIL, 2008, não paginado, sem grifos na original).

Por seguinte, entende Marinoni (2011 apud MITIDIERO, 2015, p. 502) que o dever de zelar pelo contraditório atualmente também se atribui ao juiz, na medida que este deve zelar pelo contraditório pleno dentro da relação processual:

Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquente mente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter.

Tal pensamento fora observado pelo legislador quando da elaboração do NCPD, na medida em que impõe expressamente como dever do magistrado zelar pelo efetivo contraditório, conforme art. 7 do referido diploma¹⁵.

¹⁵ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Isto porque, a nova visão de processo participativo é constituída com o ideal de colaboração não só das partes, mas também do magistrado, estando ligada com o princípio da igualdade, refletindo a ideia que o julgador deve buscar a igualdade processual, de modo a produzir, ativamente, uma equidade de oportunidades às partes (DIDIER, 2015, p. 102).

Ademais, entende Didier (2015, p. 86) que a ampla defesa se traduz no efetivo contraditório, uma vez que a aplicação substancial deste, qual seja, a possibilidade prévia de influenciar na decisão a ser tomada pelo magistrado, corresponde à garantia de uma defesa plena.

Nesse sentido, corroborando, contraditório e ampla defesa são garantias indissociáveis, uma está correlacionado com o outra, na medida em que para se assegurar uma faz-se necessário observar a outra.

Ou seja, para que exista a ampla defesa é necessário haver o contraditório pleno, enquanto que para haver este faz-se necessário haver aquela.

4.4 Ausência de Regulamentação na LEF, Lei nº 6.830, quanto o Procedimento atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal

Como dito anteriormente, no tópico atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal, não existe procedimento processual a ser adotado quando da aplicação do referido instituto, tendo em vista que a LEF é omissa a este respeito.

Diante desta omissão, na prática tal redirecionamento ocorre como incidente processual dentro do processo de execução fiscal, bastando para sua instauração que o fisco realize o pedido de redirecionamento, não sendo comum redirecionamento de ofício pelo magistrado.

Nesse sentido, o fisco interpõe petição nos autos requerendo o redirecionamento da execução para o sócio gerente, devendo demonstrar a ocorrência de alguma hipótese de responsabilização contida no art. 135 do CTN.

A partir disto, o magistrado decide a respeito do pleito de redirecionamento, deferindo-o ou não. Caso defira, determina a citação do sócio ao qual fora redirecionada a execução, para que tome ciência da sua inclusão no polo passivo do

feito e que detém o prazo de 05 (cinco) dias para pagar a dívida ou garantir a execução¹⁶.

Ademais, caso garantida a dívida é aberto ao sócio corresponsável o prazo de 30 (trinta) dias para embargar a execução¹⁷. Reprise-se a necessidade de prévia garantia do juízo para tanto.

Caso não garantida o feito, dar-se-á prosseguimento a execução forçada de seus bens, adotando as medidas pertinentes, inclusive penhora, arresto, dentre outras.

Deste modo, cumpre destacar dois pontos:

1. O sócio não se manifesta previamente acerca do pedido de redirecionamento feito pelo fisco, na medida em que o magistrado decide sem lhe consultar;

2. O sócio só poderá apresentar defesa caso garantida o débito, visto ser necessário prévia garantia para interposição de embargos à execução fiscal;

Portanto, em caso de Redirecionamento da Execução Fiscal o contraditório do sócio corresponsável é postergado para momento posterior, para um possível embargo à execução.

Isso quando procede à garantia do débito, caso contrário não terá viés legal para exercer sua ampla defesa e contraditório, até porque a Exceção de Pré-Executividade, que é uma manifestação de defesa do sócio na execução fiscal, a qual não necessita de garantia do juízo, se resume apenas a matéria que não exige dilação probatória, o que inviabiliza a maioria das discussões no âmbito da execução fiscal.

Nessa senda, não é oportunizado ao sócio, no âmbito do Redirecionamento da Execução Fiscal, o exercício do contraditório pleno. Isto porque, mesmo que este possa contestar sua inclusão por meio de embargos à execução, ressalte-se a necessidade de prévia garantia da execução para tanto, garantindo assim o contraditório formal, tal procedimento fere o direito constitucional ao contraditório substancial, que seria o empecilho à decisão surpresa cominado com o poder de influenciar no convencimento do magistrado antes de decidir.

¹⁶ Lei 6.830/80. Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas: [...].

¹⁷ Lei 6.830/80. Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: [...].

Acontece que, tal decisão, surpresa para o sócio, como ocorre nos casos de redirecionamento, não se coaduna com a nova visão do princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, não condizente com o ideal de processo justo.

Isto porque, reprise-se, muito embora possibilite ao sócio corresponsável a ciência da decisão (possibilidade de informação) e, de certo modo, um exercício mitigado de defesa via embargos à execução (possibilidade de reação), demonstrando assim o contraditório formal, não lhe é possibilitado o exercício da sua garantia do contraditório substancial, ou seja, o poder de influenciar na decisão.

Outrossim, quando é aberto momento para defesa, repita-se mitigada, do sócio quando do Redirecionamento da Execução Fiscal (embargos), a decisão que deferiu o redirecionamento já fora tomada pelo magistrado, que possibilitou o exercício do poder de influência apenas a parte exequente.

Assim sendo, o sócio corresponsável não tem oportunidade alguma para exercer o seu poder de influência perante o magistrado, ou seja, o poder de convencimento, o que vai de encontro aos diplomas processuais vigentes, não se retratando o processo justo.

De outra senda, NEVES explica que o contraditório só pode ser diferido ou mitigado quando o atendimento ao contraditório tradicional se mostrar um risco a efetividade da tutela a ser concedida (NEVES, 2015, p. 87).

Tal risco é verificado quando da ocorrência de duas situações: a ciência do réu permitir a prática de atos materiais que levam a ineficácia da tutela pretendida; ou a demora natural para que o réu seja citado e tenha oportunidade para se manifestar gere também a ineficácia da tutela pretendida.

Contudo, em se tratando de redirecionamento à execução fiscal não resta configurada nenhuma das duas situações.

Primeiro, a ciência do sócio a partir da citação faz com que qualquer tentativa de alienação ou transferência de seu patrimônio a terceiros incorra em fraude à execução. Assim sendo, não há como a ciência do sócio gerar a ineficácia da tutela pretendida, uma vez que existe proteção legal para satisfação do crédito executivo nestas situações.

Segundo, a demora natural até que o sócio apresente defesa, como já dito anteriormente, não irá impedir a satisfação da tutela pretendida, por dois motivos:

O primeiro, o patrimônio do sócio desde a citação não poderá ser dilapidado como forma de prejudicar a execução, visto que tais atos incorreriam em fraude a execução, resultando na ineficácia perante o fisco das alienações¹⁸. Portanto, a situação econômica do sócio após a manifestação de defesa será a mesma quando da citação.

O segundo, como já dito anteriormente, na maioria das execuções fiscais o sócio apresenta defesa por meio de incidência de Exceção de Pré-Executividade ou Embargos à Execução Fiscal, alegando, na maioria das vezes, ilegitimidade passiva. Assim, uma vez que tal possível ilegitimidade passiva já seria objeto de defesa quando desta citação prévia, a demora inicial até apresentação da defesa do sócio seria apenas um adiantamento de uma suspensão processual que posteriormente iria acontecer para resolver os incidentes supraditos, portanto, não há correlação entre esta e a ineficácia da tutela pretendida.

Isto posto, não há razão para aplicação do contraditório diferido no Redirecionamento da Execução Fiscal, uma vez que não existe margem legal para tanto, devendo, portanto, ser aplicado o contraditório pleno, consubstanciado na ciência do pedido, possibilidade de reação e de influência no convencimento do magistrado.

4.5 Aplicação Subsidiária Do NCPC à Execução Fiscal

Muito embora a LEF seja omissa acerca do procedimento a ser adotado quando do Redirecionamento da Execução Fiscal, esta prevê que as regras do diploma processual civil, NCPC – Lei nº 13.105/2015 - devem ser utilizadas de forma subsidiária¹⁹.

Isso significa que as omissões contidas na referida lei deverão ser supridas com o Código de Processo Civil, de modo integrativo. Assim sendo, sempre que o magistrado, no âmbito de um processo executivo fiscal, se ver diante de um caso sem regulamentação na LEF deverá observar as normas contidas no NCPC.

¹⁸ NCPC. Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: [...]

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

¹⁹ Lei 6.830/81 - Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, especificamente tratando acerca do Redirecionamento da Execução Fiscal, tal disposição de subsidiariedade do processo civil à execução fiscal até o advento do NCPC não tinha grande valia prática, visto que tanto a LEF quanto o antigo Código de Processo Civil de 1963 não disciplinavam normas procedimentais a serem adotadas em tais situações.

Assim sendo, até então cumpria ao magistrado, ao seu viés, aplicar o redirecionamento da execução calcado em construção jurisprudencial e doutrinária.

Contudo, a partir do advento do NCPC as normas processuais civis ganharam nova roupagem, em face da nova visão da realização do processo participativo, inclusive com a inovação da criação de normas procedimentais para a Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, as quais podem ser utilizadas para suprir a omissão da LEF a respeito do procedimento atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal.

Deste modo, a partir de então, o magistrado deve se valer da aplicação subsidiária dos diplomas processuais civis dentro da execução fiscal, primordialmente do IDPJ.

Ressalte-se que, em que pese alguns defenderem a não possibilidade de aplicação do referido incidente ao Redirecionamento da Execução Fiscal sob o fundamento que são institutos diversos, esta linha de pensamento não deve ser seguida pelo magistrado, uma vez que o incidente nada mais é do que a concretização dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Outrossim, tendo em vista que a LEF é lei especial ela prevalece sobre a norma geral, contudo, em se tratando de omissão de lei especial deve se aplicar a lei geral, que é justamente a hipótese aqui discutida.

Todavia, mesmo que o magistrado entenda pela não aplicação do referido incidente ao Redirecionamento da Execução Fiscal, este deve, de todo modo, aplicar subsidiariamente o NCPC, mesmo que não se trate de aplicação do IDPJ.

Deste modo, em atenção ao art. 10 do Código de Processo Civil, deve o magistrado citar previamente o sócio, antes de decidir quanto a redirecionar ou não a execução²⁰.

²⁰ NCPC – Lei 13.105/15 Art. 10. 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.

Deste modo, mesmo diante da negativa do juiz no sentido de se aplicar o IDPJ ao redirecionamento, ele deve oportunizar ao sócio a possibilidade de se manifestar acerca do pedido de redirecionamento, com base na inteligência do dispositivo processual civil supradito.

Assim sendo, de todo modo o magistrado terá que cientificar o sócio acerca da possibilidade de sua inclusão no polo passivo da demanda, seja por aplicação do IDPJ ou pela aplicação da regra contida no art. 10 do NCPC, a qual nada mais é do que a concretização do princípio constitucional do contraditório.

Cumpra ainda ressaltar que em qualquer situação que seja o magistrado deverá fundamentar sua decisão, conforme determina o art. 11 do NCPC: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Destarte, caso o juiz discorra que o incidente não é aplicável deverá fundamentar juridicamente tal concepção, visto que, caso contrário, a decisão será nula de pleno direito, podendo ser atacada por Agravo de Instrumento.

Outrossim, caso decida pela não aplicação subsidiária do art. 10 do NCPC, a sentença será nula, conforme inteligência do art. 115 do NCPC²¹, visto que tal decisão será proferida sem a integração do contraditório.

4.6 Enunciado 53 Da ENFAM: Ausência De Força Normativa

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou 62 enunciados referentes ao NCPC, os quais foram votados por cerca de 500 magistrados durante o seminário “O Poder Judiciário” e o *novo CPC* realizado no período de 26 a 28 de agosto de 2015.

Tais enunciados tratam de questões consideradas relevantes e servem como orientação para futura aplicação do NCPC pelos magistrados.

²¹ NCPC – Lei 13.105/15. Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Dentre estes, o enunciado nº 53 consubstanciou ser desnecessária a aplicação do IDPJ em se tratando de Redirecionamento da Execução Fiscal: “O Redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente prescinde do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.”

Noutras palavras, o referido enunciado sustenta que o Redirecionamento da Execução Fiscal independe da aplicação do IDPJ da empresa.

Nesse sentido, o enunciado em comento foi aprovado por grande maioria dos votantes, obtendo o percentual de 77% de aprovação em face de 23% de reprovação.

Ressalte-se ainda que os fundamentos utilizados pelo relator para sustentação do enunciado foram a grande quantidade de execuções fiscais, bem como que o IDPJ não se coaduna com a sistemática e celeridade das execuções fiscais, contudo, não fora apresentado nenhum fundamento jurídico para não aplicação do referido incidente ao Redirecionamento da Execução Fiscal.

Nessa senda, os fundamentos expostos pelo relator do enunciado apenas afirmam superficialmente que IDPJ é incompatível com o Redirecionamento da Execução Fiscal, mas nada fala a respeito do atropelo de garantias constitucionais, o que retrata a impertinência de tais argumentos.

Percebe-se então que, infelizmente, os magistrados se preocuparam mais em questões programáticas do que questões jurídicas, na medida em que votaram por não aplicar o incidente devido ao fato que este iria retardar o processo de execução fiscal e congestionar ainda mais o sistema judiciário.

Acontece que, a celeridade processual é sim importante, mas deve ser aplicada em observância com o devido processo legal, pois um processo rápido que não preza pelas garantias constitucionais básicas dos cidadãos é inconcebível dentro do atual estado democrático de direito.

Outrossim, não há que se falar em incompatibilidade do IDPJ ao procedimento da execução fiscal devido ao fato que este irá suspender o feito até sua resolução.

Isto porque, são aplicados outros instrumentos que podem, no caso concreto, suspender a execução fiscal até sua resolução, que são a Exceção de Pré-Executividade e os Embargos à execução fiscal.

Assim, a suspensão proveniente da aplicação do IDPJ evitaria, em grande parte, futuras suspensões que poderiam vir a acontecer com os instrumentos

processuais supraditos, visto que na maioria das vezes os sócios corresponsáveis alegam ilegitimidade passiva nestes, e, deste modo, se preservaria as garantias constitucionais sem retardar o processo de execução fiscal.

Portanto, a retardação inicial causada pela aplicação do IDPJ ao Redirecionamento da Execução Fiscal seria compensada *a posteriori*, o que não implicaria na ausência de efetividade do feito executivo.

De todo modo, os enunciados proferidos pela ENFAM não são vinculativos para os magistrados, podendo estes no caso concreto optar pela aplicação do IDPJ ao redirecionamento a depender de sua concepção legal acerca desta.

4.7 Atual posicionamento da jurisprudência acerca desta discussão

Em que pese ser um tema recente, visto que o NPCP entrou em vigor em março de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª região, em sede de Agravo de Instrumento, decidiu por modificar a decisão de piso que tinha determinado a aplicação do IDPJ ao Redirecionamento da Execução Fiscal:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INAPLICABILIDADE ÀS EXECUÇÕES FISCAIS DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR.

1. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível nos casos em que a responsabilidade patrimonial dos sócios deve ser determinada por decisão judicial, hipóteses nas quais o julgador irá perquirir a existência de "abuso da personalidade jurídica", "desvio de finalidade", "confusão patrimonial" ou outros conceitos jurídicos indeterminados similares, empregados nas normas que disciplinaram o instituto.

2. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica dos artigos 133 a 137 do CPC/2015 não é cabível nos casos de execução fiscal de dívida tributária, em que a responsabilidade não é determinada em decisão judicial mas decorre diretamente de lei.

3. A dissolução irregular, no entender da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, é fundamento bastante para atrair a responsabilidade dos dirigentes pelas obrigações remanescentes da empresa executada.

4. Conforme o teor da Súmula nº 435 do STJ, é cabível a presunção de dissolução irregular da empresa executada (e o consequente redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente) quando a empresa deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicar aos órgãos competentes.

(TRF-4 - AG: 50255847320164040000 5025584-73.2016.404.0000, Relator: CLÁUDIA MARIA DADICO, Data de Julgamento: 12/07/2016, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: D.E. 13/07/2016) (BRASIL, 2016, não paginado, sem grifos no original).

Nesse sentido, entendeu a segunda turma do TRF da 4ª região ser inaplicável, em qualquer hipótese, o IDPJ aos casos de Execução Fiscal, sob o argumento que em se tratando de Desconsideração da Personalidade Jurídica a responsabilidade seria determinada por decisão judicial, enquanto que na Execução Fiscal a responsabilidade seria derivada de lei.

Contudo, tal entendimento se mostra equivocado.

Primeiramente, deve-se deixar claro que é possível a aplicação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal, quando configurados os requisitos materiais estampados no art. 50 do Código Civil, quais sejam confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Nesse caso, constatado o abuso da personalidade da empresa, seja por confusão patrimonial ou desvio de finalidade, estar-se-á diante da aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica dentro do feito executivo fiscal, e, conseqüentemente, via IDPJ.

Ressalte-se ainda, ser possível a aplicação da teoria menor, em se tratando de Execução Fiscal de competência trabalhista.

Portanto, inadequado o julgado colacionado acima quando generaliza ser incabível o IDPJ aos casos de Execução Fiscal da dívida tributária.

Ademais, equivocado o referido julgado quando diferencia a Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Redirecionamento da Execução Fiscal sob o fundamento que a primeira teria responsabilidade derivada de decisão judicial enquanto o segundo derivada de lei.

Ora, os dois institutos possuem requisitos próprios derivados de leis, sendo o papel da decisão judicial apenas autorizar a responsabilização do sócio, caso verificado pelo juiz a ocorrência das hipóteses descritas na lei.

Nesse sentido, a responsabilidade patrimonial em se tratando tanto de Desconsideração da Personalidade Jurídica quanto de Redirecionamento da Execução Fiscal decorrem diretamente de lei.

Ocorre que, ao magistrado incube o papel de verificar se no caso concreto os requisitos estabelecidos pela norma legal foram constatados, e, caso positivo, deve autorizar a instauração do instituto devido.

Assim sendo, em nenhum momento a decisão judicial é que cria a responsabilidade patrimonial, mas tão somente autoriza a aplicação desta.

Noutras palavras, quando da Desconsideração da Personalidade Jurídica o juiz deve verificar a ocorrência do abuso de personalidade, via confusão patrimonial ou desvio de poder, para então autorizar responsabilização solidária do sócio.

Outrossim, quando do Redirecionamento da Execução fiscal o juiz deve também verificar a ocorrência de infração a lei, contrato social, estatuto ou dissolução irregular da empresa, para então autorizar a responsabilização solidária do sócio.

Deste modo, resta claro que a responsabilidade patrimonial, nos dois casos, é puramente derivada de lei, cabendo ao julgador apenas perquirir a existência dos requisitos autorizadores, demonstrando assim, portanto, a impertinência da fundamentação estampada nesse julgado, o qual deverá ser revisto pelo STJ.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, de início, cumpre afirmar que quando da aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal, deve ser utilizado o IDPJ, sem maiores contrapontos, até porque este foi regulamentado, *prima facie*, para a hipótese de aplicação do instituto supradito, em qualquer processo que seja.

Ademais, conclui-se que o procedimento adotado atualmente quando do Redirecionamento da Execução Fiscal não se coaduna com as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, estando em descompasso com os ditames do atual Estado democrático de direito, devendo, portanto, ser alterado.

Para tanto, mostra-se medida de rigor a aplicação do IDPJ ao Redirecionamento da Execução Fiscal, pelos seguintes motivos:

O primeiro, e principal motivo, o IDPJ deve ser aplicado ao Redirecionamento da Execução Fiscal em prol da garantia dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, visto que o procedimento atual aplicado ao Redirecionamento fere tais garantias, bem como atenta contra os ideais do Estado democrático de direito.

Isto porque, em se tratando do Redirecionamento da Execução Fiscal o sócio é citado apenas após ser incluído no polo passivo da demanda, como corresponsável solidário da empresa executada, ou seja, o sócio somente é cientificado quando já foi deferida sua inclusão como devedor.

Deste modo, não é oportunizado ao sócio, no âmbito do Redirecionamento da Execução Fiscal, o exercício do contraditório pleno. Isto porque, mesmo que este possa contestar sua inclusão por meio de embargos à execução, ressalte-se a necessidade de garantia da execução para tanto, garantindo assim o contraditório formal, tal procedimento fere o direito constitucional ao contraditório substancial, que seria o poder de influenciar na decisão, antes desta ser proferida.

Nesse sentido, há uma grave violação do devido processo legal e consequente desvirtuação dos ditames do atual Estado de Direito, que tem como marco a perseguição do processo justo.

Assim sendo, o IDPJ deve ser aplicado ao Redirecionamento da Execução Fiscal, como modo de garantia dos direitos assegurados constitucionalmente, gerando, deste modo, o processo justo.

O segundo, o IDPJ deve ser aplicado subsidiariamente ao Redirecionamento da Execução Fiscal diante da omissão da LEF a respeito do procedimento a ser utilizado em tal instituto.

Não bastando ser omissa, a LEF ainda prevê expressamente que o Código de Processo Civil deverá ser utilizado de forma subsidiária face as suas omissões, o que é justamente a hipótese em comento.

Assim sendo, sempre que o magistrado, no âmbito de um processo executivo fiscal, se ver diante de um caso sem regulamentação na LEF deverá observar as normas contidas no NCPC, que justamente inovou no sentido da criação de normas procedimentais para a Desconsideração da Personalidade Jurídica da empresa, as quais devem ser utilizadas para suprir a omissão da LEF a respeito do procedimento atinente ao Redirecionamento da Execução Fiscal.

Deste modo, tendo em vista que a LEF é lei especial, ela prevalece sobre a norma geral, contudo, em se tratando de omissão de lei especial deve se aplicar a lei geral, que é justamente a hipótese aqui discutida.

Ressalte-se que, em que pese alguns defenderem a não possibilidade de aplicação do referido incidente ao Redirecionamento da Execução Fiscal sob o fundamento que são institutos diversos, esta linha de pensamento não deve ser seguida pelo magistrado, uma vez que o incidente nada mais é do que a concretização dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O terceiro, caso ainda assim o magistrado se mostre contrário à aplicação do IDPJ ao Redirecionamento da Execução Fiscal, de todo modo ele deverá ordenar a citação prévia do sócio, com base na aplicação do art. 10 do NCPC.

Assim sendo, de todo modo o magistrado terá que cientificar o sócio acerca da possibilidade de sua inclusão no polo passivo da demanda, seja por aplicação do IDPJ ou pela aplicação da regra contida no art. 10 do NCPC, a qual nada mais é do que a concretização do princípio constitucional do contraditório.

Por fim, em que pese a ENFAM se manifestar no sentido contrário a tese aqui defendida, seus enunciados não são vinculativos para os magistrados, podendo

estes no caso concreto optar pela aplicação do IDPJ ao redirecionamento a depender de sua concepção legal acerca desta.

Neste diapasão, resta claro que os institutos da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Redirecionamento da Execução Fiscal são institutos com propósitos semelhantes, bem como que existe procedimento positivado referente à Desconsideração, mas não em relação ao Redirecionamento.

Todavia, o atual procedimento utilizado quando do Redirecionamento da Execução Fiscal, calcado em jurisprudência, não é condizente com o atual Estado Democrático de Direito, muito menos com o ideal de processo justo trazido pelo NCPC, visto que fere a garantia constitucional do devido processo legal, bem como impossibilita o exercício pleno da garantia do contraditório e ampla defesa por parte do sócio contra o qual é redirecionado a execução.

Nessa senda, como forma de adequá-lo ao atual estágio processual vivenciado, mostra-se juridicamente possível e aplicável o procedimento atinente à Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ) ao Redirecionamento da Execução fiscal, por força do atendimento ao princípio do devido processo legal substancial, contraditório substancial e ampla defesa, bem como da disposição expressa da LEF em utilização subsidiária do NCPC à Execução Fiscal, concretizando assim o tão perseguido ideal de processo participativo justo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

BOEIRA, Alex P. A desconsideração da personalidade jurídica noções gerais e questões controvertidas à luz da doutrina e da jurisprudência. **Revista virtual da AGU/ Advocacia Geral da União**, Brasília-DF, Ano XI nº 109, fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/154545>. Acesso em: 24 de abr. 2016.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Portaria PGFN nº 180, de 25 de fevereiro de 2010. Dispõe sobre a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tocante à responsabilização de codevedor. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiy6MT4oePPAhVBC5AKHfV-DiYQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.pgfn.fazenda.gov.br%2Fnoticias%2FPortaria%2520PGFN%2520180-2010.pdf&usg=AFQjCNGm-gH-oWtuBVKJ6FgmKd_dTneIEA&sig2=QHhB4Xs2b8WB0jWHLy_fLw>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Redirecionamento da Execução. Brasília: STJ, 2005. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7196906/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-678428-pr-2005-0073954-2>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental. Recurso Especial. Brasília: STJ, 2012. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24133428/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-133405-rs-2012-0002659-7-stj/inteiro-teor-24133429>>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Dissolução Irregular da Sociedade Empresária. Brasília: STJ, 2014. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138106/recurso-especial-resp-1395288-sp-2013-0151854-8-stj>>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Execução fiscal - Responsabilidade do Sócio-gerente - Inclusão do nome do sócio na Cda - Inversão do ônus da prova - Presunção de certeza e liquidez - Incidência da súmula 168/STJ. Brasília: STJ, 2007. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8929701/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-agrg-nos-eresp-867483-mg-2007-0072964-3>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Execução fiscal. Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. Brasília: STJ, 2002. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/283956/recurso-especial-resp-408935-pr-2002-0012267-5>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Falência. Arrecadação de bens particulares de sócios-diretores de empresa controlada pela falida. Brasília: STJ, 2009. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6134229/recurso-especial-resp-693235-mt-2004-0140247-0>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil e Civil. Recurso especial. Ação de Execução de Título Judicial. Brasília: STJ, 2009. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636271/recurso-especial-resp-970635-sp-2007-0158780-8-stj>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Embargos de Divergência. Brasília: STJ, 2008. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/602278/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-446955-sc-2005-0076989-6>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos do Devedor à Execução. Brasília: STJ, 2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7764597/recurso-especial-resp-332763-sp-2001-0096894-8-stj>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil e Tributário. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Brasília: STJ, 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/27787/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-752956-ba-2006-0051026-6>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Recurso Especial. Brasília: STJ, 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-resp-279273-sp-2000-0097184-7>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435**. 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. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=sumula+435&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&siglajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=SUMU>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tributário e Processual Civil. Art. 535, II, do Cpc. Ausência de Omissão. Brasília: STJ, 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9030847/recurso-especial-resp-868472-rs-2006-0153937-2/inteiro-teor-14204790>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tributário e Processual Civil. Execução Fiscal. Brasília: STJ, 2001. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19683914/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-174532-pr-2000-0121148-0>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Execução. Rio Grande do Sul: TJ/RS, 2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162919039/agravo-de-instrumento-ai-70063254916-rs>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Tj-Rj - Recurso Inominado. Rio de Janeiro: TJ/RJ, 2012. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135230775/recurso-inominado-ri-210170820108190206-rj-0021017-0820108190206>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processual Civil e Tributário. Agravo de Instrumento. Brasília: TRF, 2012. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21871310/agravo-de-instrumento-ag-64877-ba-20080100064877-4-trf1>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tributário. Agravo de Instrumento. Rio Grande do Sul: TRF, 2016. Disponível em: <<http://trf->

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/361737491/agravo-de-instrumento-ag-50255847320164040000-5025584-7320164040000>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. Brasília: TST, 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/65592974/tst-03-02-2014-pg-3596>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. Execução. Brasília: TST, 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201482-40.2010.5.12.0012&base=acordao&numProclnt=107993&anoProclnt=2011&dataPublicacao=22/06/2012%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 15 out. 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Nov. 2006. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>>. Acesso em: 05 Abril, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FARIAS, C.C; ROSENVALD, N. **Direito Civil Teoria Geral**. 8ª. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, G.L.S. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil (lei 13.105/2015). **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 1, p. 117 - 134, jan./jun., 2015.

HEDLER, Cristina L. Hipóteses de responsabilização tributária pessoal do administrador da empresa. **Revista da PGFN**, Brasília, v. 3, n. 1 jan./jul. 2013, p. 179-204.

MARINONI, L.G; ARENHART, S.G; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2015.

PALARO, Taina. O incidente de desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015. **Jus Brasil**, out. 2015. Disponível em: <<http://tainapaloro.jusbrasil.com.br/artigos/235000805/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-de-processo-civil-de-2015>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

PESSOA, Flávia M.G (Org.). **Constituição e Processo**. Aracaju: Evocati, 2014.

RIBEIRO, Eduardo A.F. A responsabilidade tributária do sócio administrador, por uma concepção subjetiva e solidária. **Revista da PGFN/ Procuradoria Geral da**

Fazenda Nacional, Brasília- DF. v. 1, n. 2 (jul./dez. 2011). Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/ano-i-numero-2-2011>>. Acesso em: 24 de abr. 2016.

ANEXO A - PORTARIA PGFN N. 180/2010**PORTARIA PGFN Nº 180, DE 25 DE FEVEREIRO DE 2010.**

Dispõe sobre a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tocante à responsabilização de codevedor.

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e no art. 79, inciso VII, da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009,

RESOLVE:

Art. 1º Para fins de responsabilização com base no inciso III do art. 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, entende-se como responsável solidário o sócio, pessoa física ou jurídica, ou o terceiro não sócio, que possua poderes de gerência sobre a pessoa jurídica, independentemente da denominação conferida, à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária objeto de cobrança judicial.

Art. 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir:

- I – excesso de poderes;
- II - infração à lei;
- III - infração ao contrato social ou estatuto;
- IV - dissolução irregular da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.

Art. 3º Tratando-se de débitos junto à Seguridade Social, cujo fato gerador tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, o sócio de pessoa jurídica por cotas de responsabilidade limitada, que estava nesta condição à época do fato gerador, será incluído como responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União, independentemente da comprovação de qualquer das situações previstas no art. 2º desta Portaria.

§ 1º Ocorrido o fato gerador do tributo após a publicação da Medida Provisória nº 449, de 2008, o sócio a que se refere o *caput* deste artigo somente será incluído como responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União quando comprovadas sua condição de sócio com poderes de gerência à época do fato gerador e ao menos uma das situações previstas no art. 2º desta Portaria.

§ 2º Ao terceiro não sócio com poderes de gerência sobre a pessoa jurídica aplica-se o disposto no art. 2º desta Portaria.

§ 3º Sem prejuízo no disposto no caput deste artigo, havendo dissolução irregular da pessoa jurídica e tendo ocorrido o fato gerador do tributo antes da entrada em vigor da Medida Provisória nº 449, de 2008, deverão ser considerados responsáveis solidários os sócios à época do fato gerador e/ou da dissolução, cabendo ao Procurador da Fazenda Nacional responsável proceder à inclusão destes com fundamento no inciso IV do art. 2º desta Portaria.

§ 4º Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, tendo ocorrido o fato gerador do tributo após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 449, de 2008, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 2º desta Portaria.

Art. 4º Após a inscrição em dívida ativa e antes do ajuizamento da execução fiscal, caso o Procurador da Fazenda Nacional responsável constate a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 2º, deverá juntar aos autos documentos comprobatórios e, após, de forma fundamentada, declará-las e inscrever o nome do responsável solidário no anexo II da Certidão de Dívida Ativa da União.

Art. 5º Ajuizada a execução fiscal e não constando da Certidão de Dívida Ativa da União o responsável solidário, o Procurador da Fazenda Nacional responsável, munido da documentação comprobatória, deverá proceder à sua inclusão na referida certidão.

Parágrafo único. No caso de indeferimento judicial da inclusão prevista no caput, o Procurador da Fazenda Nacional interporá recurso, desde que comprovada, nos autos judiciais, a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 2º desta Portaria.

Art. 6º Ante a não comprovação, nos autos judiciais, das hipóteses previstas no art. 2º desta Portaria, o Procurador da Fazenda Nacional responsável, não sendo o caso de prosseguimento da execução fiscal contra o devedor principal ou outro codevedor, deverá requerer a suspensão do feito por 90 (noventa) dias e diligenciar para produção de provas necessárias à inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União, conforme disposto no art. 4º desta Portaria.

Parágrafo único. Não logrando êxito na produção das provas a que se refere o caput, o Procurador da Fazenda Nacional deverá requerer a suspensão do feito, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Art. 7º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional