
JURISPRUDÊNCIA

2014

O Julgamento do Recurso Especial n.º 1371128/RS e o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Luiz Henrique Sormani Barbugiani¹

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento

¹ Procurador do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná.

da execução fiscal para o sócio-gerente”.

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

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

5. Precedentes: REsp. n. 697108 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935 / RS , Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 28/06/2012; REsp.n. º 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG nº 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.º 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem

penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

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

A execução fiscal é um instrumento legal utilizado pelo poder público para a cobrança da dívida tributária e não tributária, no intuito de angariar receitas para que os serviços públicos e demais políticas públicas sejam efetivados e colocados à disposição da população.

Diante das peculiaridades que englobam a formação da receita pública, diversos privilégios foram instituídos em prol da coletividade, a fim de propiciar uma maior efetividade para a arrecadação de valores adequados pelo fisco em virtude do seu fim público, tendo em vista a reversão desses valores para ensejar o atendimento das necessidades e dos interesses da população.

Como a execução é apenas um instrumento para efetivar a cobrança das dívidas em face do poder público, vários dispositivos tendentes à consagração da eficácia dessa execução não se encontram na Lei de Execução Fiscal permeando o Código Tributário Nacional e diversos outros diplomas de índole material e não processual.

Dentre os inúmeros institutos que auxiliam na concretude da realização da receita pública, um de enorme envergadura é o da desconsideração da personalidade jurídica, em que há evidente repressão ao abuso em sentido lato na utilização do princípio da independência e da separação do patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios.

De início, cabe esclarecer a diferença entre desconsideração e despersonalização da pessoa jurídica, nesta última a entidade perde sua autonomia em relação aos sócios de maneira plena, enquanto naquela essa autonomia é relativizada na análise de atos ou negócios jurídicos específicos,

atingindo a responsabilização diretamente nos bens particulares dos sócios como se a pessoa jurídica não existisse momentaneamente.²

Apesar do uso mais corriqueiro do termo desconsideração da personalidade jurídica, estudiosos utilizam-se as denominações de desestimação, superamento e, alguns, a designação de doutrina da penetração.³

Com a decisão sobre a extensão da desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas para as dívidas não tributárias cobradas por meio de execução fiscal, constata-se uma evolução na interpretação dada pelos Tribunais a esse instituto, com a priorização na cobrança das dívidas das entidades e empresas em face do poder público.

Essa nova postura, consolidada no Superior Tribunal de Justiça, merece o devido reconhecimento, uma vez que viabiliza o devido pagamento das dívidas que irão compor as receitas públicas, que, em última análise, serão destinadas a toda coletividade por meio de serviços e outras prestações de conotação assistencial ou, ainda, de cunho logístico em atenção aos ditames da Constituição Federal de 1988.

A doutrina e a jurisprudência tendem a dividir a responsabilização dos sócios ao aplicar a desconsideração da personalidade jurídica em teoria maior (exige comprovação da confusão patrimonial de caráter objeto ou o desvio de finalidade de conotação subjetiva própria do direito civil) e teoria menor (admite a insolvência ou o obstáculo ao interesse do credor como elemento suficiente para a responsabilização dos sócios própria do direito do consumidor ao rechaçar o uso da personalidade jurídica de maneira impeditiva do exercício de pretensões legítimas).⁴

2 FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 62.

3 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. p. 355.

4 SOUZA, Hamílto Dias de; FUNARO, Hugo. A desconsideração da personalidade

Essa divisão encontra-se bem definida no REsp 279.273/SP, cuja ementa abaixo se reproduz:

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**

jurídica e a responsabilidade tributária dos sócios e administradores. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.137. p.38-64. fev. 2007. p. 41.

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 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230)

No Direito Civil, com a edição do Código de 2002, o artigo 50 do diploma, adotando a teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica, pressupõe para a sua declaração que haja efetiva demonstração de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, caracterizadores do abuso da personalidade jurídica.⁵

Uma evolução legislativa no conteúdo da norma foi a possibilidade de elasticscimento da responsabilidade da pessoa jurídica não só aos administradores, mas também aos sócios da entidade.

Maria Helena Diniz, ao analisar o artigo 50 do Código de 2002, salienta que:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente de seus membros, pois efetua negócios sem qualquer ligação com a vontade deles; além disso, se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais que a compõem, se o patrimônio da sociedade não se identifica com o dos sócios, fácil será lesar credores, mediante abuso de direito, caracterizado por desvio de finalidade, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade.⁶

5 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.

6 FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 64.

O abuso de direito decorrente do desvio de finalidade não exige dolo, bastando a demonstração de circunstâncias comprobatórias ou intuitivas de que a personalidade jurídica foi utilizada para obstar a quitação de dívidas em prejuízo de terceiros.⁷

A confusão patrimonial ocorre quando a pessoa jurídica adquire bens de uso exclusivo dos sócios, uma entidade detém o controle acionário de outra e há confusão de contas bancárias.⁸

Na fraude acobertada pelo artigo 50 do Código Civil de 2002 há exemplos na conduta da empresa que transfere seu patrimônio para os sócios ou maliciosamente não nomeia bens suficientes para garantir a penhora, com a aplicação da teoria da desconsideração também nas hipóteses de subcapitalização da sociedade.⁹

O Superior Tribunal de Justiça já admite que a pessoa jurídica, por meio da desconsideração inversa da personalidade, responda imediatamente pelas dívidas que os sócios controladores adquiriram em benefício exclusivo deles, furtando-se do pagamento por meio da transferência de seu patrimônio à pessoa jurídica, obstando, por conseguinte, que seus credores possam se ressarcir em seus bens que foram maliciosamente integralizados na entidade.¹⁰

7 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. p. 362.

8 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. p. 364.

9 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. p. 365-366.

10 REsp 948.117/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA,

A melhor compreensão do tema é a utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 28, no qual se admite a desconconsideração da personalidade jurídica quando “houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, bem como “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.¹¹

Além disso, o Código do Consumidor, no § 5º, do artigo 28, apresenta uma condição geral de desconconsideração quando a “personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, circunstância reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.¹²

Essa última hipótese deveria ser adotada pelo poder público no tocante à cobrança de sua dívida ativa, na medida em que a receita pública

julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010.

11 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 desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

12 AgRg no REsp 1106072/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 18/09/2014.

angariada com a execução fiscal será utilizada em prol de toda a população, com a consagração do princípio da solidariedade na prestação dos serviços públicos e demais benefícios assistenciais direta e indiretamente concedidos aos mais necessitados e humildes que acabam sendo os maiores agraciados com os programas e projetos sociais.

Ao abordar o dispositivo do CDC, Zelmo Denari assevera que:

O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito. De fato, o dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor (em razão da má administração, pura e simplesmente) encerrar suas atividades como pessoa jurídica.¹³

Apesar dessa divisão doutrinária baseada essencialmente no direito civil e no direito do consumidor, observa-se que existem outras disposições legais que tratam da desconsideração da responsabilidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, que se aproximam com maior legitimidade das disposições consumeristas.

A Lei n.º 12.529/2011, ao tratar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, capitula diversas infrações à ordem econômica, que independem da comprovação de culpa ou do alcance do objetivo ou dos efeitos pretendidos, bastando a potencialidade lesiva em abstrato, sendo certo que no artigo 36, inciso I, do mencionado diploma, consta como infração “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.¹⁴

13 GRINOVER, Ada Pellegrini...[et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2000. p. 208.

14 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

Essa previsão genérica constante da lei já demonstra que muitas práticas como o não pagamento de tributos por empresas e entidades decorrentes da sonegação e do planejamento tributário ilícito ensejam reflexos na livre concorrência ou livre iniciativa, que são repudiados pelo ordenamento jurídico, podendo viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica de empresas ou instituições.

O artigo 34 da Lei n.º 12.529/2011, por sua vez, enumera as circunstâncias em que a desconsideração da personalidade jurídica da entidade é admitida, congregando o “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social” e “quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”¹⁵, sem exigência da demonstração de dolo ou culpa por parte dos administradores.

Diante do teor do texto legal, a singela má administração de caráter amplo já autoriza a desconsideração, portanto, facilmente, conclui-se que deixar de pagar os impostos ou tributos ao fisco, no mínimo, é uma situação que indica administração negligente, uma vez que as taxas de funcionamento, localização, sanitária, dentre tantas outras, em conjunto com os impostos exigíveis no âmbito federal, estadual e municipal são requisitos mínimos para o regular funcionamento da entidade.

Ora, sem a regularidade fiscal nenhuma entidade está autorizada a

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

15 Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

funcionar, o que evidencia também a infração à lei.

Destaca-se, ainda, que a má administração para gerar a desconsideração não exige o encerramento da empresa, bastando a inatividade, que pressupõe sua ineficácia em atuar no mercado mesmo sem a formalização de sua extinção ou dissolução perante os órgãos competentes.

A Lei n.º 6.404/1976, que trata das sociedades por ações, em seu artigo 158, II, preconiza a responsabilidade do administrador diante da violação da lei, o que decorre da sonegação fiscal e outras práticas ilícitas, situação complementada no §2º, do dispositivo, em que se ressalta que “os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles”.¹⁶

16 Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto,

O Decreto n.º 3.708/1919, ao regular as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, também reconhece que os administradores e os sócios que “derem o nome à firma”¹⁷ respondem pelos atos que forem praticados em violação ou contrariedade à lei.

O artigo 129 da Lei n.º 11.196/2005, por sua vez, estabelece que:

Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

A disposição supracitada, na mesma linha de preocupação do poder público com a simulação e o abuso da personalidade jurídica de entidades criadas para burlar direitos de terceiros, vem a reforçar a indicação de que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

17 Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei.

Douglas Yamashita, ao analisar a questão em comento, expõe o contexto em que surgiu o dispositivo:

Diante desse caótico quadro da realidade brasileira, têm se imposto aos trabalhadores hipossuficientes apenas dois caminhos: o desemprego ou a sua organização como microempresa. Sendo certo que em muitos casos a constituição de tais “microsociedades” é de duvidosa validade jurídica, fato é que vêm se impondo a tais hipossuficientes elevados riscos fiscais e previdenciários, pelos quais não deveriam ser responsabilizados já que sua própria fragilidade econômica coloca-os à mercê dos detentores do capital.¹⁸

Na legislação tributária há normas expressas que instituem presunções de hipóteses de desconsideração, como salientando por Tula Wesendonck:

(...), embora a regra do art. 50 do CC/2002 tenha a conotação de ser uma regra geral de desconsideração, ela não irá se aplicar do mesmo modo no âmbito do direito tributário tendo em vista os interesses tutelados e que no direito tributário existe uma espécie de presunção de desconsideração por conta dos casos expressos nos próprios arts. 134 e 135 do CC/2002.¹⁹

O Código Tributário Nacional, ao regular a responsabilidade de terceiros, mais precisamente no artigo 135, III, estabelece que “os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” devem ser considerados “pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.²⁰

18 Yamashita, Douglas. Desconsideração da personalidade jurídica abusiva em direito tributário e previdenciário à luz do artigo 129 da lei 11.196/05. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.127. p.15-23. abr. 2006. p. 17.

19 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. P. 366.

20 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da

A violação da lei no âmbito tributário pode gerar responsabilidade, em decorrência da ausência de “baixa regular” da pessoa jurídica ou da prática de delitos tributários e sonegação fiscal.²¹

Assim, o REsp 1371128/RS ora analisado, de maneira escoreita,

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.

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.

21 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. p. 368.

ao interpretar o disposto nos artigos 10 do Decreto n.º 3.078/19, 158 da Lei n.º 6.404/78, 4º, V, da Lei n.º 6.830/80, determinou a extensão da aplicação da súmula 435 do STJ para a cobrança da dívida não tributária, diante da similitude da legislação vigente no âmbito civil e comercial com o conteúdo do artigo 135, III, do CTN, em virtude da ausência de eventual necessidade de comprovação de dolo na desconsideração da pessoa jurídica irregularmente dissolvida sem a observância dos procedimentos de liquidação ou falência com a adequada averbação e cancelamento dos seus cadastros nos registros públicos e fazendários.

Aliás, o artigo 4º, V, da Lei n.º 6.380/80, ao admitir o ajuizamento da execução fiscal em face do “responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado” e a previsão do §2º do dispositivo, ao consignar que “à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial” não deixam dúvidas sobre a legitimidade da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da sistemática dos recursos repetitivos.²²

22 Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I - o devedor;

II - o fiador;

III - o espólio;

IV - a massa;

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI - os sucessores a qualquer título.

§ 1º - Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda

Dessa forma, a súmula 435 do STJ²³, ao estabelecer que a ausência de comunicação ao órgão de registro e cadastro das pessoas jurídicas da transferência do seu domicílio, sem a devida atualização perante a fiscalização tributária, gera a presunção de sua dissolução irregular legitimadora do redirecionamento ao sócio administrador, sendo plenamente aceitável a certidão do senhor Oficial de Justiça atestando tal fato.²⁴

A doutrina concebe como circunstâncias indiciárias de encerramento ou dissolução irregular a interrupção das atividades da empresa, ausência de bens, estado de abandono do imóvel sede da entidade, dentre outros.²⁵

Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.

§ 2º - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

§ 3º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

§ 4º - Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

23 “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.”

(Súmula 435, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)

24 REsp 1104064/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010.

25 WESENDONCK, Tula. Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.915. p.353-75. jan. 2012. p. 367-368.

Nesse sentido, após o julgamento do RESP 1371128/RS consolidou-se a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.371.128/RS.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n.1.371.128/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, DJe 17.09.2014, firmou entendimento no sentido de possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o diretor da empresa executada, por dívida de natureza não tributária, diante de indícios de dissolução irregular, nos termos da legislação civil, não se exigindo o dolo para tanto.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 522.008/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014)

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE.

ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1371128/RS.

1. Os embargos declaratórios podem ser conhecidos como agravo regimental em vista da instrumentalidade e a celeridade processual.

2. O redirecionamento do feito para o sócio da empresa decorreu da inviabilidade de prosseguir com a ação executiva contra a empresa, visto que foi irregularmente dissolvida.

3. O fundamento para o redirecionamento não se foca na exegese do art. 135 do CTN, mas no arcabouço em que se insere a dívida ativa não tributária, com base na Lei de Execuções Fiscais.

4. A inaplicabilidade das disposições do CTN, quanto à cobrança do FGTS (Súmula 353/STJ), não afasta a possibilidade de redirecionamento do feito executivo de dívida não tributária contra o sócio gerente, porquanto previsto tal procedimento no âmbito não tributário pelo art. 10 do Decreto n. 3.078/19 e pelo art. 158 da Lei n. 6.404/78 - LSA (REsp 1371128/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10.9.2014, DJe 17.9.2014 - submetido ao rito dos recursos repetitivos).

5. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Súmula 83/STJ).

Embargos declaratórios conhecidos como agravo regimental, mas improvido.

(EDcl no REsp 1473705/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014)

Com a exigência de demonstração de abuso ou fraude para a configuração da desconsideração da personalidade jurídica de uma entidade, nos moldes preconizados pelo artigo 50 do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência estavam aplicando um instituto cunhado para as relações entre particulares nas questões de maior envergadura, que retratam a interferência do Estado no meio privado com prerrogativas e privilégios instituídos em função dos objetivos maiores a serem alcançados com a receita decorrente da cobrança das dívidas inscritas e ajuizadas por meio de execução fiscal.

Na realidade, apesar da evolução percebida com o julgamento do REsp 1371128/RS, ainda há a premente necessidade de um aprimoramento na interpretação do instituto quando o ente público executa uma decisão judicial transitada em julgado a seu favor.

Ora, se nas hipóteses em que a inscrição na dívida ativa é realizada unilateralmente pelo Estado, que constitui a certidão da dívida ativa consubstanciada num título executivo extrajudicial e, nesse contexto, pode utilizar-se da desconsideração da personalidade jurídica fora dos padrões do artigo 50 do Código Civil de 2002, com maior razão quando o título executivo é judicial.

Nessa última hipótese, exigir que o poder público, diante da dissolução irregular da empresa, não possa atingir os bens dos sócios apenas pelo singelo fato do título executivo ser judicial e não extrajudicial seria amesquinhar a prestação jurisdicional concedida anteriormente pelo juízo competente e prestigiar as práticas de má administração e gestão das entidades, o que, em certo grau, compreendem o abuso de direito e a fraude em sentido lato.

Outra situação que merece percuciente análise pelos Tribunais pátrios consiste na utilização indevida do prazo de cinco anos a contar da citação da pessoa jurídica como termo inicial da prescrição para possível redirecionamento da execução fiscal aos sócios.

Além da própria morosidade da máquina judiciária, que não poderia ser utilizada como argumento para tal entendimento, diante do teor da súmula 106 do STJ, é extremamente duvidoso estabelecer o início desse prazo prescricional se não há conhecimento de abuso, fraude à lei, má administração, dissolução irregular, confusão patrimonial, desvio de finalidade da entidade, dentre tantos outros elementos que ensejariam o redirecionamento da execução aos sócios.

A prescrição exige inércia consciente e, portanto, conhecimento ou, ao menos, a possibilidade de exercício do direito por meio de um instrumento processual, o que não é possível com a singela citação da empresa no processo.

Apenas se as empresas, no ato da citação, autorizassem uma auditoria em seus livros de maneira espontânea por parte do poder público, seria admissível a utilização desse prazo como termo inicial da prescrição para redirecionamento e, nesse caso, somente seria legítimo seu início se os livros apontassem irregularidades, visto que, em caso contrário, apenas com a constatação inequívoca dessas situações legitimadoras do redirecionamento o exercício do direito poderia ser exercitado.

De outro lado, se a Fazenda Pública, durante o processo, diligenciou de maneira legítima, propiciando o devido andamento do feito e, durante o curso do trâmite processual, deparou-se com um elemento de prova do supracitado abuso, fraude à lei, má administração, dissolução irregular, confusão patrimonial, desvio de finalidade da entidade ou outro fator autorizativo do redirecionamento é, evidentemente, a partir daí que o prazo prescricional deverá ter seu curso iniciado.

Aliás, esse é o pressuposto da teoria da “actio nata” reproduzida em julgados do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – “ACTIO NATA”.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da *actio nata*.

2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1100907/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO.

CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS.

PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.

1. O Tribunal de origem reconheceu, in casu, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional.

2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser.

3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica.

Aplicação do princípio da *actio nata*.

4. Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1062571/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 24/03/2009)

Apesar da jurisprudência vigente e do teor da súmula 430 do STJ²⁶

26 “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.”

que não reconhece no mero inadimplemento do pagamento dos tributos flagrante responsabilidade dos administradores, a interpretação mais adequada às normas vigentes em nosso ordenamento jurídico seria a presunção relativa de violação da lei, com a inversão do ônus da prova, cabendo, nessas situações, o ônus aos sócios que deveriam demonstrar que o não pagamento decorreu de fato atribuível a terceiro, força maior ou caso fortuito e não simplesmente obstar a responsabilização dos administradores e beneficiados pelo manto da personalidade jurídica da empresa.

É sempre bom ressaltar que o balanço e os livros das empresas encontram-se sob o domínio absoluto delas, facilitando-lhes a comprovação da ausência de má administração, fraude à lei, abuso de direito ou deliberada violação à norma legal.

Acrescente-se que sempre foi admitida a desconsideração da personalidade jurídica para afastar a fraude contra credores, sendo oportuna a reprodução de ementa de julgado do Tribunal da Cidadania:

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURIDICA. PRESSUPOSTOS. EMBARGOS DE DEVEDOR.

E POSSIVEL DESCONSIDERAR A PESSOA JURIDICA USADA PARA FRAUDAR CREDITORES.

(REsp 86.502/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/1996, DJ 26/08/1996, p. 29693)

No REsp 1104900/ES ficou asseverado que se na Certidão da Dívida Ativa constar os nomes dos sócios, diretores e administradores há presunção de que as circunstâncias do artigo 135 do CTN encontram-se configuradas, cabendo a eles a demonstração de sua ausência.²⁷

(Súmula 430, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 13/05/2010, REPDJe 20/05/2010)

27 TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA DÍVIDA EXECUTADA. SÓCIO-GERENTE. NOME NA

Diante desse contexto e dos princípios que militam em face dos atos emanados do poder público, o pedido posterior de redirecionamento da execução a um dos sócios (independente de constar ou não os nomes na CDA) deveria ser apreciado em função da eficiência da execução e de acordo com o domínio da prova próprio do artigo 333 do CPC, em que o ônus da prova do executado refere-se “à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, sendo certo que, pelo aspecto do domínio do fato, caberia aos sócios, com maior facilidade, demonstrar a ausência dos elementos do artigo 135 do CTN.

Numa interpretação adequada do artigo 333, I, do CPC, o fato constitutivo do direito do autor já estaria demonstrado na execução fiscal em virtude do próprio inadimplemento dos tributos ou da não quitação da dívida não tributária no prazo do vencimento, cabendo à pessoa jurídica e aos sócios a demonstração de elementos que impeçam a sua execução, conforme o inciso II, do mesmo dispositivo.²⁸

CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. TEMA JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

O STJ assentou sua jurisprudência no sentido de que, constando o nome dos sócios na CDA, tal como no caso dos autos, é possível o redirecionamento da execução, cumprindo a eles o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN - que não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Precedente: REsp 1.104.900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 1.4.2009, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1428450/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014)

28 Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

O pagamento de impostos, taxas e demais tributos é perfeitamente previsível pelo empresário, sociedade empresária e demais instituições devido a sua incidência geralmente anual (IRPJ, IPTU, ITR, IPVA e taxas de funcionamento) ou atrelada a operações financeiras e mercantis específicas (ICMS, ITCMD, ITBI, IPI, IOF, II e IE), sendo evidente a possibilidade de planejamento tributário prévio na abertura e no funcionamento de uma pessoa jurídica.

Além disso, se uma empresa não consegue sequer arcar com a carga tributária vigente no país, sua solidez como instituição encontra-se abalada e, muito provavelmente, ocasionará danos a consumidores e demais contratantes de seus serviços ou bens de consumo ou atuará em violação aos preceitos da livre concorrência, por não recolher tributos como as demais em atividade no mercado.

Essa interpretação poderia ter auxiliado nos fundamentos para a decisão em recurso especial (REsp 1141990/PR)²⁹ submetido ao rito dos recursos repetitivos, que acabou por afastar a aplicação da súmula 375 do STJ³⁰ à execução fiscal, dispensando a comprovação pelo fisco da má-fé do

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

29 REsp 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010.

30 “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

(Súmula 375, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2009, DJe 30/03/2009)

terceiro adquirente ou do registro da penhora do bem alienado a terceiro para declarar a fraude à execução.

Há atual convencimento do Superior Tribunal de Justiça de que a redação renovada do artigo 185 do CTN gera a presunção absoluta de fraude à execução fiscal desde a inscrição do crédito em dívida ativa, pois “a caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução”, afirmando em sua jurisprudência que “a natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações”.³¹

Com a consagração dessa interpretação jurisprudencial constata-se uma tendência evolutiva reforçada pela decisão recentemente proferida no REsp 1371128/RS, no sentido de que entre o conflito de interesses coletivos e individuais, o primeiro deve prevalecer em detrimento do segundo diante de inúmeros princípios, dentre eles o da solidariedade e da importância das receitas públicas, que contribuem para o aprimoramento dos serviços públicos em caráter geral.

Assim, na era hodierna, os institutos devem ser apreciados em atenção a sua função social, sem que o individualismo prevaleça, diante dos interesses coletivos, a pretexto de assegurar um formalismo legal de índole refratária, sendo de grande valia a inserção do REsp 1371128/RS de maneira vinculante para as demais decisões judiciais dos magistrados e Tribunais de segunda instância, em que a dissolução irregular de uma empresa não pode obstar a cobrança da dívida ativa, seja ela tributária ou não tributária.

31 AgRg no AREsp 135.539/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 17/06/2014.