



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

GILDÁSIO CONCEIÇÃO SÁ BARRETO

**A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA
GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DO SÓCIO
ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA**

**SALVADOR
2017**

GILDÁSIO CONCEIÇÃO SÁ BARRETO

**A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA
GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DO SÓCIO
ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA**

.

Monografia apresentada ao curso de Direito, da
Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador (a): Prof^a. Doutora Ana Paula Rocha do
Bomfim

**SALVADOR
2017**

GILDÁSIO CONCEIÇÃO SÁ BARRETO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 06 de agosto de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Ana Paula Rocha do Bomfim – Orientadora

Doutora em Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Kleverton Bacelar

Doutor em Filosofia. Professor Associado. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Homero Chiraba Gouveia

Doutorando em Direito, UFBA. Universidade Federal da Bahia – UFBA.

RESUMO

Com o advento do novo Código de Processo Civil surgem as discussões em torno da aplicabilidade do instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais, previsto nos artigos 133-137. Assim, emerge a indagação se a disciplinarização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazida pelo Novo Código de Processo Civil deve ser aplicada nas execuções fiscais que trazem como fundamento a dissolução irregular das empresas antes redirecionar a execução fiscal para a pessoa do sócio administrador da sociedade empresária. Logo caberá avaliar se a posição do fisco e dos juízes das varas de execuções fiscais colide com preceitos positivados na Constituição Federal de 1988 em especial os princípios do contraditório e da ampla defesa. Para isso será necessário compreender o redirecionamento previsto no art. 135 do CTN e na Súmula 435 como uma espécie de desconsideração da personalidade jurídica. Com isso a partir da análise da relação estabelecida entre o fisco e o sócio gerente da sociedade empresária no concernente à cobrança de crédito tributário através da utilização do redirecionamento da execução fiscal levantar questionamentos referentes a essa prática que, segundo o próprio entendimento do fisco não comporta a inovação do Novo Código de Processo Civil, mas que segundo o entendimento desse trabalho essa prática deveria ser ajustada por essas inovações.

PALAVRAS - CHAVE: PESSOA JURÍDICA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, DISSOLUÇÃO IRREGULAR, INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO, REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIO GERENTE/ADMINISTRADOR

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CC/02	Código Civil de 2002
CDA	Certidão de Dívida Ativa
CTN	Código Tributário Nacional
NCPC	Novo Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	7
2 – DO FENÔMENO ASSOCIATIVO À PESSOA JURÍDICA	10
2.1 – FENÔMENO ASSOCIATIVO - EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	10
2.2 - DA PESSOA JURÍDICA - CONCEITO E NATUREZA	12
2.3 – PESSOA JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	14
2.4 - CONCEITO E CRIAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA	16
2.5 - A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO ADMINISTRADOR DAS SOCIEDADES LIMITADA E ANÔNIMA.....	18
2.5.1 - NA SOCIEDADE LIMITADA.....	18
2.5.2 - NA SOCIEDADE ANÔNIMA	22
3- O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA A PESSOA DO SÓCIO/ADMINISTRADOR E A SÚMULA 435 DO STJ	24
3.1 - O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL	24
3.2 - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	25
3.2.1 – A TEORIA MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO	27
3.3 - O REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO GERENTE NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO	28
3.4 - A SÚMULA 435 E AS DECISÕES DO STJ.....	29
4- A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA GARANTIA DO CONTRADITÓRIA AMPLA DEFESA DO SÓCIO GERENTE.	36
4.1 - OS PRINCÍPIO PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.....	36
4.1.1 - CONTRADITÓRIO	38
4.1.2 - AMPLA DEFESA	44
4.1.3 - DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	46
4.2 - O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA TRAZIDO PELO CPC DE 2015 COMO FORMA DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DO SÓCIO GERENTE	48
5- CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Os seres humanos desde os primeiros passos na história sentiram a necessidade de se associarem a outros da mesma espécie, para com isso realizarem atividades as quais solitariamente não teriam capacidade devido a sua fraqueza diante de grandes desafios, como por exemplo a condução e manutenção de grandes empreendimentos.

É devido a essa necessidade associativa que surgem os primeiros grupos com uma finalidade em comum, qual seja, construir grandes empreendimentos. É sabido que esses empreendimentos (sociedades empresárias) gozam de uma autonomia diante dos seus associados, pois tal separação possui grande relevância para a criação das empresas, por tratar-se de uma importante ferramenta de incentivo aos empreendedores e de grande valia para a manutenção da própria sociedade empresária no sentido em que o patrimônio dos sócios e o da empresa não podem ser confundidos.

O presente trabalho monográfico tratará da importância da utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para a garantia do contraditório e da ampla defesa do sócio administrador da sociedade empresária nos casos envolvendo redirecionamento da execução fiscal.

Um enfoque especial será dado a maneira como Novo Código de Processo Civil inova ao disciplinar a forma como a desconconsideração da personalidade jurídica deve ser conduzida. Também será trazido ao conhecimento do leitor o quanto o comando do o artigo 135 do *Código Tributário Nacional* e a norma jurisprudencial da Súmula 435, do Superior Tribunal de Justiça, são utilizados frequentemente para formular pedidos e decisões referentes ao redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio administrador da sociedade empresária.

A hipótese central levantada é se a disciplinarização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica trazida pelo Novo Código de Processo Civil deve ser aplicada nas execuções fiscais que trazem como fundamento a dissolução irregular das empresas antes redirecionar a execução fiscal para a pessoa do sócio administrador da sociedade empresária. Trata-se, portanto, de compreender o redirecionamento previsto no art. 135 do CTN e na Súmula 435

como uma espécie de desconsideração da personalidade jurídica, deste modo devendo ser disciplinada pelas regras do novo Código de Processo Civil. Embora essa hipótese colida com a prática das execuções fiscais e com a orientação jurisprudencial do STJ, ela se harmoniza com os princípios e garantias constitucionais que rege o processo, notadamente o do contraditório e ampla defesa.

Também será verificado se a prática de redirecionamento do fisco, insuficientemente irrefletida pela jurisprudência e doutrina, sobre a sua natureza jurídica, não percebendo em seu funcionamento e nos seus efeitos uma espécie de desconsideração da pessoa jurídica não colide com preceitos positivados na Constituição Federal de 1988, e desse modo obrigaria a utilizar as inovações contidas nos artigos 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil.

Em resumo, o objetivo geral consisti na análise da relação estabelecida entre o fisco e o sócio gerente da sociedade empresária no concernente à cobrança de crédito tributário através da utilização do redirecionamento da execução fiscal, para assim levantar questionamentos referentes a essa prática que, segundo o próprio entendimento do fisco não comporta a inovação do Novo Código de Processo Civil, mas que segundo o entendimento desse trabalho essa prática deveria ser ajustada por essas inovações.

Seguindo a tradição analítica da jurisprudência dos conceitos, o método empregado será da análise e interpretação do direito empregado sobre a questão, objeto desse trabalho, cotejando com as posições doutrinárias que abordam as questões aqui tratadas.

O trabalho está estruturado em três capítulos, no primeiro capítulo pretende mostrar ao leitor como se deu o processo associativo que ensejou a formação da sociedade empresária. Como também tratará de questões pontuais sobre a criação de uma sociedade empresária e a responsabilidade do sócio administrador na sociedade limitada e anônima. Cabe salientar que todos os temas referentes a esse capítulo são carregados de demasiada discussões doutrinárias, dessa forma serão dados os devidos recortes, visando assim uma melhor adequação ao objetivo da pesquisa.

No segundo capítulo, serão trazidos conceitos referentes a desconsideração da personalidade jurídica e como essa é tratada no Código Tributário Nacional.

Também será feita uma análise em torno das práxis do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos julgamentos de demandas envolvendo a questão do redirecionamento da execução fiscal para pessoa do sócio gerente, sendo empregada uma atenção especial ao entendimento disposto na *Súmula 435* do aludido Tribunal.

O terceiro capítulo, tratará dos princípios constitucionais processuais, levantado diversos argumentos com base em respeitadas doutrinas, a fim de demonstrar a importância do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal no desenvolvimento de um processo que se pretenda justo, alinhado com o Estado Democrático de Direito, seja ele judicial ou administrativo. Logo após será abordada a questão da possibilidade da aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas ações fiscais que tem como base argumentativa a dissolução irregular da sociedade empresária.

Torna-se necessário, registrar aqui os motivos que me levaram a escolha desse tema. Assim o presente trabalho é fruto de questionamentos travados ao longo de quase dois anos de experiências de estágio no âmbito da Procuradoria do Município de Salvador, especificamente no núcleo de impulsionamento de processos de execuções fiscais. Esse núcleo é responsável por movimentar processos de execução que estão parados devido ao fracasso mandado da citação por Aviso de Recebimento –AR. Logo a prática comum nesse núcleo é procurar novo endereço da empresa para assim poder efetuar outro pedido de citação, não encontrando novo endereço proceder com o pedido de redirecionamento da execução para o sócio administrador acompanhado de o pedido subsidiário de *arresto* via *BACEN JUD* de recursos financeiros por meio CPF do sócio administrador, pois presume-se que a sociedade foi dissolvida irregularmente.

2 DO FENÔMENO ASSOCIATIVO Á PESSOA JURÍDICA

2.1 FENÔMENO ASSOCIATIVO - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

“Há interesses, tarefas e empreendimentos que não podem ser realizados apenas pelo indivíduo, por uma única pessoa ou por um grupo reduzido de pessoas, porque ultrapassam as forças do próprio indivíduo. Para a

realização desses interesses, atribui-se capacidade a um grupo de pessoas ou a um patrimônio, para que eles, superando a efemeridade da vida humana e transpondo-se acanhados limites das possibilidades da pessoa natural, possam atingir determinados objetivos” (VENOSA, 2003, p. 236.).

Nem sempre as necessidades e os interesses do indivíduo podem ser atendidos sem a participação e cooperação de outras pessoas, “em razão das limitações individuais”. Dessa forma desde os tempos primordiais até os atuais os seres humanos carregam a necessidade em se agrupar com um objetivo e finalidade comum (GONÇALVES, 2012, p.208).

Na pessoa natural reside a capacidade jurídica, pois a ela é inerente o direito de responder em juízo e de praticar todos os atos da vida civil (quando a lei não restringe). “Todavia, o ser humano destacado dos seus pares não é capaz de realizar grandes empreendimentos”. Com isso eles perceberam que se unindo a outros e dividindo os trabalhos teriam maiores chances de colocar em prática grandes projetos, o qual na solidão não seria possível (VENOSA, 2012, p.237).

Dessa percepção de que unidos poderiam formar grandes empreendimentos é que emerge a ideia de associação. Assim “o surgimento do fenômeno associativo deu-se no momento em que o homem percebeu que determinadas tarefas poderiam ser desenvolvidas de maneira mais eficiente se o fossem por duas ou mais pessoas em comunhão de esforço e objetivo” (BERTOLDI e RIBEIRO, 2015, p.160).

Sobre a origem das discussões acerca da pessoa jurídica o civilista Fábio Ulhoa Coelho, nos ensina que “os alicerces da teoria da pessoa jurídica encontram-se na Idade Média, em noções destinadas a atender às necessidades de organização da Igreja Católica e preservação de seu patrimônio”. Naquele tempo, o direito canônico separava a Igreja, como corporação, de seus membros (os clérigos), confirmando que aquela tem existência permanente, que transcende a vida transitória dos padres e bispos (COELHO, 2012).

Já Rondas diverge afirmando que é na época imperial que se dá o início da corporificação do conceito de pessoa jurídica, pois “as cidades colocadas sob a esfera de influência do Estado Romano — *municipia* —, embora tendo perdido a

existência política, mantinham a capacidade privada”. Dessa forma, começam a aparecer entes autônomos patrimonialmente “*arcam communem habere*” — e que não se confundiam com os seus membros” (RONDAS, 1995, p.28).

Mas para Coelho a generalização das noções de corporação (do direito canônico) e de separação patrimonial (do direito comercial) de que resultou o conceito de pessoa jurídica tem lugar apenas na segunda metade do século XIX, em reflexões desenvolvidas principalmente por doutrinadores alemães (COELHO, 2012, p. 41).

Segundo Almeida

[...] as conquistas marítimas, que coincide com o Renascimento, com os seus naturais reflexos no comércio, viriam incrementar a formação de grandes companhias colonizadoras, tornando-se célebre a Companhia das Índias, quando então, segundo número apreciável de juristas, teria surgido a sociedade anônima. Segue-se esses estágios a chamada Consolidação de Luís XIV, que, em rigor, constitui a primeira consolidação do direito comercial, acrescentando-se a esse ciclo evolutivo o Código de Napoleão, em 1807, e assim sucessivamente (ALMEIDA, 2012, p.26).

Assim “as grandes companhias organizadas para a exploração e colonização do novo mundo também eram consideradas entidades autônomas em relação aos fundadores e investidores que nelas aportavam capital”. Foi a passos lentos o desenvolvimento da pessoa jurídica, pois precisou de alguns séculos para surgir e se firmar (COELHO, 2012, p. 43).

Nesse sentido, leciona Venosa que

Justamente porque é fruto de abstração, a noção de pessoa jurídica é resultado de uma evolução. Primeiramente, existe sentido em reconhecer certa personalidade a agrupamentos de pessoas que apresentam afinidade com as pessoas físicas que os integram. O sentido, porém, de pessoa jurídica, desvinculado totalmente dos membros integrantes, demora para ocorrer (VENOSA, 2012, p.239).

O direito não podia ignorar essas unidades coletivas, criadas pela evolução histórica ou pela vontade dos homens, e passou então a discipliná-las, para que possam participar da vida jurídica como sujeitos de direitos, a exemplo das pessoas naturais, dotando-as, para esse fim, de personalidade própria (GONÇALVES, 2012, p.208).

2.2 DA PESSOA JURÍDICA - CONCEITO E NATUREZA

Para melhor entendimento da natureza jurídica da pessoa jurídica é necessário oferecer a conceituação da pessoa física ou natural. Assim, pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial (DINIZ, 2012, p.129).

Já a conceituação da pessoa jurídica é um tema de grande discussão e divergência no meio doutrinário. Pois, um grupo formado por bens e pessoas detentoras de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns. Logo é certo afirmar que pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem (CC, art. 50, a contrário sensu, e art. 1.024). (GONÇALVES 2012, p.209).

Podemos afirmar, também, que a pessoa jurídica, apesar de não ser um humano ela é um sujeito de direito personificado, sendo tratada como pessoa moral. Dessa forma ela ganha o poder de titularizar direitos e obrigações, muitas dessas qualidades é comum a pessoa física ou natural, como por exemplo firmar contrato e negociar com seus pares. Logo “a pessoa jurídica como grupo humano, criado na forma da lei, e dotado de personalidade jurídica própria, para a realização de fins comuns” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2016, p.76).

Pessoa jurídica é um expediente do direito destinado a simplificar a disciplina de determinadas relações entre os homens em sociedade. “Ela não tem existência fora do direito, ou seja, para além dos conceitos partilhados pelos integrantes da comunidade jurídica”. Tal expediente tem o sentido, bastante preciso, de autorizar determinados sujeitos de direito à prática de atos jurídicos em geral (COELHO, 2016, p.77).

Sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica, Venosa apoiado em Ferrara, explica:

É por demais polêmica a conceituação da natureza da pessoa jurídica, dela tendo-se ocupado juristas de todas as épocas e de todos os campos do Direito. Como diz Francisco Ferrara (1958:18), com frequência o problema dessa conceituação vê-se banhado por posições e paixões políticas e religiosas e, de qualquer modo, sobre a matéria formou-se uma literatura vastíssima e complexa, cujas teorias se interpenetram e se mesclam, num emaranhado de posições sociológicas e filosóficas. (2012, p. 241).

Embora subsistam teorias que negam a existência da pessoa jurídica (teorias negativistas), não aceitando que possa uma associação formada por um grupo de indivíduos ter personalidade própria, outras, em maior número (teorias afirmativistas), procuram explicar esse fenômeno pelo qual um grupo de pessoa passa a constituir uma unidade orgânica, com individualidade própria reconhecida pelo Estado e distinta das pessoas que a compõem” (GONÇALVES, 2012, p.209).

São basicamente duas as teorias explicativas da existência da pessoa jurídica, quais sejam: a teoria negativista e a teoria afirmativista. A primeira apenas negava a existência da pessoa jurídica. A segunda, por sua vez, desdobra-se em outras três correntes, quais sejam: teoria da ficção, teoria da realidade objetiva, teoria da realidade técnica. Não cabe aqui esmiuçar tais teorias, diante a exaustiva e farta discussão a respeito do tema natureza jurídica da pessoa jurídica.

Em uma síntese didática, o experiente professor Gonçalves explica as teorias da pessoa jurídica ao nos ensinar que a Teoria da “*realidade objetiva* ou *orgânica* — “Sustenta que a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, ser com vida própria, que nasce por imposição das forças sociais. De origem germânica (Gierke e Zitelmann), proclama que a *vontade*, pública ou privada, é capaz de dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta da de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, real e verdadeiro” (GONÇALVES, 2012, p.211).

Deste modo a teoria da realidade jurídica ou institucionalista recebe a mesma crítica feita a teoria antes citada, pois se assemelham pelo relevo dado a questão sociológica. Desse modo considera as pessoas jurídicas como organizações sociais

destinadas a um serviço ou ofício, e por isso personificadas. Parte da análise das relações sociais, não dá vontade humana, constatando a existência de grupos organizados para a realização de uma ideia socialmente útil, as instituições, sendo estes grupos sociais dotados de ordem e organização próprias

Assim a personificação dos grupos sociais é expediente de ordem técnica, a forma encontrada pelo direito para reconhecer a existência de grupos de indivíduos, que se unem na busca de fins determinados. A personificação é atribuída a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. O Estado, reconhecendo a necessidade e a conveniência de que tais grupos sejam dotados de personalidade própria, para poder participar da vida jurídica nas mesmas condições das pessoas naturais, outorga-lhes esse predicado (GONÇALVES, 2012, p.211).

A Pessoa jurídica é um expediente do direito que tem a finalidade de simplificar a forma de determinadas relações entre os homens em sociedade. Ela não tem existência fora do direito, ou seja, para além dos conceitos partilhados pelos integrantes das comunidades jurídicas.

2.3 PESSOA JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Grande parte da doutrina pátria afirma que o Direito brasileiro incorporou a concepção adotada pela Teoria da Realidade técnica. “Para o direito positivo, a pessoa jurídica tem realidade objetiva ou orgânica. Essa afirmação está pautada no preceito disciplinado no artigo 45 do *Código Civil* que diz: começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no registro competente” (VENOSA, 2013, p.246).

Tartuce também se apoia no fundamento contido no artigo 45 do Código Civil ao entender que o nosso Código adota a teoria da realidade técnica, uma vez que a pessoa jurídica, para existir, depende do ato de constituição dos seus membros, o que representa um exercício da autonomia privada (TARTUCE, 2017, p.108).

Com base na teoria adotada a pessoa jurídica, diferente da pessoa natural, surge a partir da chancela do Estado. O Código Civil Brasileiro possui vários artigos para disciplinar a constituição da pessoa jurídica no nosso ordenamento

A existência legal das pessoas jurídicas, diz a lei, inicia-se com o registro do respectivo ato constitutivo no órgão próprio (CC, art. 45). Assim, as associações, fundações e sociedades simples devem ter seus atos de constituição levados ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, enquanto as sociedades empresárias são registradas nas Juntas Comerciais (CC, art. 1.150). Esse ato, portanto, é o legalmente estabelecido para marcar o início da personalidade da pessoa jurídica. Aliás, em relação às sociedades, a lei é expressa ao estipular que a aquisição da personalidade jurídica dá-se com a inscrição, no registro próprio, dos seus atos constitutivos (CC, art. 985) (COELHO, 2012, p.541).

Nosso ordenamento subdividiu as pessoas jurídicas em pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado. As pessoas jurídicas de direito público podem ser classificadas como: a) pessoa jurídica de direito público internacional, como está disposto no artigo 42, do Código Civil de 2002, como exemplo temos os Estados internacionais, ou entidades como ONU, OIT, entre outras; b) pessoas jurídicas de direito público interno, disciplinadas no artigo 41, CC/02, quais sejam, a União, Estados, Municípios, autarquias e demais entidades.

O Estado segundo de acordo com é a pessoa jurídica de direito público interno por excelência, logo é a nação politicamente organizada. Desse jeito nos Estados de organização federativa, como é o caso do Brasil a pessoa jurídica é dividida em Estados federados e Municípios.

Já as pessoas jurídicas de direito privado estão positivadas no artigo 44 do CC/02, sendo elas: as associações, as sociedades, os partidos políticos, as entidades religiosas e as empresas individuais de responsabilidade limitada. No caso das sociedades e associações o legislador tratou de diferenciá-las devido a sua finalidade, pois as sociedades possuem fins lucrativos, enquanto que as associações não possuem.

Nesse sentido pontua Gonçalves que

As associações não têm fins lucrativos, mas religiosos, morais, culturais, assistenciais, desportivos ou recreativos. As sociedades simples têm fim econômico e visam lucro, que deve ser distribuído entre os sócios. São constituídas, em geral, por profissionais de uma mesma área (escritórios de engenharia, de advocacia etc.) ou por prestadores de serviços técnicos. As sociedades empresárias também visam lucro. Distinguem-se das sociedades simples porque têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito ao registro previsto no art. 967 do Código Civil. (2012, p.220).

Em que se pese a menção os artigos 41 e 42 do Código Civil, o campo de investigação desse trabalho não comporta uma análise aprofundada da pessoa jurídica de direito público, como também não pretende se debruçar nas classificações e especificidades das pessoas jurídicas de direito privado. Contudo dentre as pessoas jurídicas de direito privado será necessário trazer ao conhecimento do leitor características pontuais das sociedades empresárias, em especial da sociedade limitada e anônima.

2.4 CONCEITO E CRIAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A sociedade permite as atividades que não poderiam ser realizadas, ou seriam realizadas com dificuldades, por um empresário individual, se tornem viáveis, logo “a sociedade é uma reunião de pessoas, com o objetivo de unir esforços e recursos, para realizar uma atividade econômica.” (VIDO, 2012, p.133).

Essa união se dá principalmente devido a um elemento subjetivo, qual seja, *affectio societatis*, que por sua vez é a representação da intenção dos sócios de contraírem sociedade entre si, o que se dá pela constituição da empresa em comum, e em consequência pelo contrato social entabulado e demais atos próprios da constituição da sociedade empresarial.

Segundo disciplina o Código de Civil Brasileiro, “celebram contrato de sociedades as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981 e parágrafo único). Dessa forma uma sociedade nasce quando duas ou mais pessoas reunidas por um objetivo e finalidade criam uma empresa por meio de um contrato social.

Fazzio Júnior explica que

No direito brasileiro, a sociedade empresária é um ente que vem à luz em decorrência de um contrato. Seja o contrato social da sociedade constituída em razão da pessoa dos sócios, seja o contrato social insito no estatuto da sociedade por ações. A sociedade empresária sempre é produzida por um contrato; é uma sociedade contratual, cuja personalidade jurídica surge quando devidamente registrada na Junta Comercial (2016, p.112).

Ressalta-se que além dos requisitos de validação comum a qualquer negócio jurídico, é necessário o registro da sociedade empresária perante o órgão validador competente, qual seja, a Junta Comercial do respectivo domicílio, no qual os sócios pretendam instalar a sociedade empresária, para que esta adquira personalidade jurídica. Assim a sociedade empresária é a pessoa jurídica de direito privado não estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou adota a forma de sociedade por ações sendo necessário pra a sua existência o registro nos órgãos competentes . (COELHO, 2016, p.76).

Dessa forma não se trata, com efeito, de sociedade empresarial, correspondente, a sociedade de empresários, mas de identificação da pessoa jurídica como agente econômico organizado da empresa. Logo essa complexa e sutil terminologia na verdade é justificável para o direito societário, em razão do princípio da autonomia da pessoa jurídica, o seu mais importante fundamento. Sendo assim, “o empresário, para todos os efeitos de direito, é a sociedade, e não os seus sócios. É incorreto considerar os integrantes da sociedade empresária como os titulares da empresa, porque essa qualidade é da pessoa jurídica e não dos seus membros” (COELHO 2012, p.23).

A sociedade empresária é pessoa jurídica que congrega pessoas físicas interessadas em obter lucro mediante a exploração de atividade econômica. Não é, simplesmente, uma sociedade comerciante. Trata-se de titularização de uma organização econômica, quer dizer, dirigida à produção e circulação de bens ou serviços.

Ainda, caso o objeto social não seja de sociedade empresária, mas a sociedade exerça de fato atividade de natureza empresária, esta será considerada

como uma sociedade empresária.

Outrossim, é correto afirmar que o critério de identificação de uma sociedade empresária, escolhido pelo direito brasileiro, baseia-se no modo de exploração do objeto social. “Portanto se o objeto for empresarial, ou seja, organizado, de prestação de serviços, circulação de bens ou produção, a atividade é empresarial, e a sociedade que o realiza é empresária” (VIDO, 2012, p.137).

Mas, por outro lado, “se o objeto for de natureza científica, literária ou artística, exercida normalmente por profissionais liberais, temos uma sociedade simples”. É necessário frisar que o critério material que enfatiza o modo de exercício de atividades de uma empresa, na definição de sua natureza empresarial, só é excepcionado em relação à sociedade por ações porque esta será sempre empresária (VIDO, 2012, p.137).

Após descrever o processo de formação da personalidade jurídica explicitando as suas teorias explicativas e indicando a concepção adotada no ordenamento jurídico brasileiro o capítulo anterior fez alusão aos tipos e classificações e concentrou-se na conceituação e criação da sociedade empresária, cumpre explicar agora o grau de responsabilidade dos sócios administrador nos tipos de sociedades em que o redirecionamento da execução fiscal se mostra mais presente.

2.5 A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA E ANÔNIMA.

2.5.1 NA SOCIEDADE LIMITADA

Esse trabalho não pretende debruçar-se no estudo das variadas distinções doutrinárias acerca da responsabilidade dos sócios administradores de todas as sociedades empresárias existentes, pois o cerne da pesquisa não é esse. No entanto, será necessário trazer noções e conceitos sobre a figura do sócio

administrador para situar o leitor, principalmente, no que diz respeito ao administrador das sociedades limitadas e anônimas.

As sociedades empresárias reúnem diversos tipos de sociedade, a exemplo das simples, cooperativa, limitada, comandita simples, irregulares e as anônimas, todas essas possuem suas particularidades, porém, todas elas, geralmente, carregam em seu seio a figura do sócio administrador, em algumas os administradores respondem judicialmente com seus bens e em outras não respondem.

Coelho (2011, p.46) pontua que “em razão da personalização das sociedades empresárias, os sócios têm, pelas obrigações sociais, responsabilidade subsidiária. Isto é enquanto não exaurido o patrimônio social, não se pode cogitar de comprometimento do patrimônio do sócio para a satisfação de dívida da sociedade.”

Nos estudos sobre as sociedades empresárias, podem ser identificadas dois tipos de sociedade, a de pessoas, na qual os sócios são de grande relevância para a existência da sociedade, pois cada um dos sócios é figura singular na empresa, e temos a sociedade de capitais, nessa o importante é o capital subscrito e integralizado, não importando quem são e quais são os sócios da sociedade exposta.

Almeida ministra que

Conquanto severamente combatida por ilustrados autores, inequivocamente útil a tradicional distinção entre a sociedade de pessoas e a de capital. Fundando-se no critério de maior ou menor grau de responsabilidade dos sócios, a classificação considera sociedade de pessoas aquelas em que essa responsabilidade se acentua, reservando às sociedades de capital aquelas em que a responsabilidade se dilui, por força mesmo de suas próprias características (ALMEIDA, 2012, p.77).

O sócio administrador, por sua vez, conduz a sociedade, pois ele é responsável pelas funções administrativas da sociedade, como, por exemplo, assinar documentos e responder legalmente pela sociedade empresária.

No caso, por exemplo, das sociedades limitadas de pequeno ou médio porte a administração em regra será exercida pelos sócios, e geralmente é pelo sócio majoritário, no entanto quando se trata de sociedade empresária de grande porte, as

funções administrativas são repartidas entre os sócios, como também pode ser delegada a profissionais qualificados, a esses profissionais também serão aplicados os deveres de e obrigações do administrador contido na lei.

Fazzio Júnior

Nada dispondo o contrato social, os administradores podem praticar todos os atos de gestão necessários à realização do objeto social. A regra é que o excesso de mandato não pode ser oposto a terceiros, salvo se houver limitação de poderes inscrita ou averbada em registro social e do conhecimento do terceiro, ou quando tratar-se de operação estranha ao objeto social (2016, p. 137).

A legislação pátria disciplina que quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. Como também, regula que o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Com relação a designação dos sócios administradores. Podemos afirmar que poderá ser feita por prazo indeterminado ou determinado. Neste último caso, vencido o prazo, é necessário renovar o mandato ou escolher substituto. Cabe ressaltar que independentemente do caso, ou situação, os administradores exercem função de confiança dos sócios (ou, mais precisamente, da parte dos sócios com poderes para removê-los da diretoria), e podem com isso ser removido a qualquer tempo, mesmo que seu mandato seja a prazo determinado (COELHO, 2015, p.474).

Sendo assim no contrato social deve explicitar quando a diretoria é composta por mais de uma pessoa, se eles têm poderes individuais de representação ou se, em alguns ou todos os casos, só obrigam a sociedade se atuarem em conjunto. Logo as condições de investidura devem estar claramente preceituadas no contrato social, para que terceiros possam assegurar-se nos negócios entabulados com a sociedade, de que está contratando validamente (COELHO, 2015, p. 475).

Conforme ensinamentos de Fazzio Júnior

O exercício da função administrativa não pressupõe irresponsabilidade. Administrador societário responde. Por isso está sujeito a um conjunto de

mecanismos de controle societário, destacando-se os deveres de dar aos sócios constas justificadas de sua atuação e apresenta-lhes, anualmente, o inventário, o balanço patrimonial e o de resultado econômico da atividade empresarial da sociedade (2011, p. 166).

O Código Civil de 2002, traz em seu bojo artigos disciplinando a atuação e responsabilidade do sócio administrador da sociedade empresária, especificamente, na Seção III, intitulada Da Administração:

[...] Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.

Parágrafo único. São revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio.

Art. 1.020. Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico.
[...] **(grifo nosso)**

Seguindo o raciocínio da legislação supracitada podemos afirmar que “caso o administrador venha a praticar ato que viole a estipulação do contrato ou da lei, ou ainda sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria, responderá perante a terceiros e perante a própria sociedade pelos prejuízos que der causa” (BERTOLDI, 2015, p.214).

2.5.2 NA SOCIEDADE ANÔNIMA

A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º da Lei 6404/76). Dessa forma fica claro que a Lei da Sociedade Anônima traz em seu primeiro artigo a forma como se dará a divisão do capital de uma sociedade anônima, bem como disciplina o alcance da responsabilidade dos sócios.

Assim pode ser dito que a sociedade anônima constitui no campo das sociedades comerciais “um extraordinário esforço do jurista na democratização do capital”, por este está dividido em frações (as ações), faz-se mais acessível, permitindo fossem angariadas as pequenas economias, possibilitando permitindo a movimentação de grandes somas, como a participação efetiva de vasta camada da população (ALMEIDA, 2012, p.200).

A sociedade anônima é administrada através do conselho de administração e da diretoria. Dessa forma, os órgãos atuam como um colegiado, conferindo a todos os membros as mesmas obrigações e responsabilidades, de maneira solidária, não importando qual dos administradores tenha praticado o ato.

Sobre a responsabilidade dos administradores de uma sociedade anônima a Lei 6404/76 no seu art. 158, disciplina

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.

Os administradores das sociedades anônimas não estão vinculados de forma solidária pelos atos praticados na função de gerente. Porém, sendo caso de prática de atos que estejam além das atividades regulares de gestor ou quando agirem, dentro das suas atribuições, com dolo ou culpa, a não responsabilização antes dita não encontrará amparo, portanto, responderá civilmente pelas consequências das ações praticadas contrárias à lei ou ao estatuto da sociedade.

3 O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA A PESSOA DO SÓCIO/ADMINISTRADOR E A SÚMULA 435 DO STJ

Esse capítulo pretende tratar do suporte normativo envolvendo o princípio da autonomia patrimonial, a desconsideração personalidade jurídica, as teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica, como também das questões envolvendo a súmula 435 do STJ.

3.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

O Código Civil de 2002, disciplina que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. Essa limitação é tida como uma importante ferramenta de incentivo aos empreendedores.

Segundo Coelho

[...] a validade e a importância das regras que limitam, ao montante investido, a validade dos sócios por eventuais perdas nos insucessos da empresa, regras que, derivadas do princípio da autonomia patrimonial, servem de estimuladoras da exploração de atividades econômicas, como o cálculo do risco (2011, p.58).

Dessa forma, nas sociedades afetadas pelo princípio da autonomia patrimonial, as dívidas da sociedade, não são, em regra, imputadas aos sócios e acionistas. Logo se não existisse a separação patrimonial entre sociedade e sócio, o risco da atividade de empresa seria muito alto e desestimulante, visto que os sócios poderiam perder seu patrimônio particular adquirido ao longo das suas vidas.

Pois, sem essas regras para separar os patrimônios os empresários ficariam desmotivados em apostar seus investimentos em um novo empreendimento, pois teriam receios em perdê-los. Pela grande importância no âmbito da economia capitalista, “o princípio da personalização das sociedades empresárias, e suas repercussões quanto limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios não pode ser descartada na disciplina da atividade econômica” (COELHO, 2011, p.59).

Também deve se ter em mente que a sociedade empresária como pessoa jurídica é sujeito de direito e deveres, ou seja, “atua descolada da pessoa do sócio, assim podendo, em virtude dessa atribuição que lhe foi conferida pelo legislador, praticar atos jurídicos não vedados por lei” (FAZZIO JUNIOR, 2016, p.115).

Na lição de Fazzio Júnior fica evidente que os sócios da sociedade empresária manterão relações jurídicas entre si e com a nova pessoa que produziram. Mas perante terceiros é a sociedade que, com capacidade própria, negociará e assim responderá com seu próprio patrimônio (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p.115).

No art. 1.052 do Código Civil de 2002, também pode ser observado a separação entre o patrimônio da sociedade empresária e dos seus sócios, quando o dispositivo legal disciplina que “na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Com isso, podemos afirmar que a autonomia “significa que as obrigações (créditos e débitos) da pessoa jurídica não se confundem com a obrigação (créditos e débitos) dos sócios, não havendo que se falar em compensação”. Portanto a existência desta autonomia é que torna a sociedade um dos mais importantes instrumentos do desenvolvimento da moderna economia de mercado, na medida em que se permite a redução dos riscos no exercício da atividade empresarial (TOMAZETTE, 2013, p.234).

Assim, confirme positivado na lei e explicitado na doutrina, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, representado por meio da limitação e separação entre os bens da empresa e dos seus sócios, tem a função essencial de encorajar a pessoa física, empreendedora, a fomentar a atividade econômica em nosso país.

3.2 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa jurídica tem sido usada como pano de fundo para o cometimento de muitos atos ilícitos por parte dos seus sócios. Isso acontece devido ao fato da pessoa jurídica trazer em sua essência a independência e autonomia patrimonial diante dos seus sócios, esse mau uso dos atributos da pessoa jurídica tem sido combatido pelo direito, o qual responde através de formulações doutrinárias, normas legais e jurisprudências.

Dentre as normas, a primeira a tratar diretamente do tema, sendo a amplamente utilizada no nosso ordenamento é o quanto disposto no artigo 50 *caput*. do Código Civil 2002. Esse dispositivo legal assegura que 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.

Conforme entendimento do artigo antes citado a desconsideração da personalidade jurídica seria como colocar de lado, ainda que temporariamente, a autonomia patrimonial da sociedade, fazendo que com isso os sócios respondam de forma direta e ilimitada por obrigações que originalmente fora contraída pela sociedade. Dessa forma retira-se a ficção da linha de frente para que seja revelada a realidade (FAZZIO JUNIOR 2011, p. 115).

Pode ser dito, também, que a desconsideração da personalidade jurídica é ser entendida como “ a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações a pessoa dos seus titulares, sócios e administradores “(TOMAZETTE, 2013, p.238).

Cabe aqui alertar que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, “não é uma teoria contra a autonomia patrimonial, ou ainda contraria a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Ao contrário disso, ela visa preservar o instituto, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade de um desvirtuamento vir a comprometê-lo” (COELHO, 2015, p.60).

Tem-se na teoria da desconsideração da personalidade jurídica uma forte arma de combate as irregularidades cometidas pelos sócios. Esse instituto opera em desfavor dos sócios que agem ilícitamente por meio da pessoa jurídica. Dessa forma o julgador perante o abuso dos sócios contra terceiros, utilizando-se da pessoa jurídica, vai desconsiderar o princípio que separa a pessoa jurídica e bens dos sócios com a finalidade de impedir a realização do ilícito, como também, ressarcir o terceiro prejudicado.

3.2.1 AS TEORIAS MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Cabe aqui trazer a diferenciação entre a Teoria Maior e a Menor da desconsideração da pessoa jurídica, visto que essa distinção ajudará na compreensão de alguns temas que serão abordados nos próximos tópicos.

Na Teoria Menor a aplicação do instituto da desconsideração, toma como base, por exemplo, a mera comprovação da insolvência da pessoa jurídica, pois não se busca comprovar o qualquer desvio de finalidade na atividade de empresa por parte dos sócios. Esta teoria é amplamente aplicada no âmbito do direito consumerista, trabalhista e no direito ambiental, devido ao seu caráter protetivo (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 121).

Como exemplo de aplicabilidade da teoria menor temos o art. 28 do CDC. Pois esse artigo defende que '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, provocadas por má administração.

No concernente a Teoria Maior da Desconsideração da pessoa jurídica a sua aplicação se dará nos casos em que sejam preenchidos e demonstrados os requisitos disciplinados no dispositivo legal que versa sobre o uso abusivo da pessoa jurídica. Essa teoria abriga maior relação com o art. 50 do Código Civil, pois vincula à observância do uso fraudulento da personalidade jurídica ou excesso dos sócios, ou seja, tem que está caracterizado o desvio de finalidade ou confusão patrimonial para a partir da comprovação desses fatos proceder com a desconsideração da pessoa jurídica, assim atingir os bens dos sócios (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 122).

3.3 O REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO GERENTE NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A doutrina e a jurisprudência falam em três situações referentes a inclusão de terceiro no polo passivo de um enlace jurídico-tributário, quais sejam: lançamento,

emissão da CDA e o redirecionamento no processo fiscal. Essa última será abordada nos próximos passos desse trabalho, lembrando que serão dados os recortes necessários devido a amplitude do tema.

A pessoa jurídica personificada, figura na relação tributária no polo passivo, principalmente, no concernente a execução fiscal, por possuir relação direta com a situação que da causa ao fato gerador, como disciplina o art. 121, parágrafo único, inciso I, 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 respectivo fato gerador.

O artigo 135, do Código Tributário Nacional traz as seguintes pessoas como pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: 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.

O legislador estabeleceu que o contribuinte é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, já o responsável tributário é quem se limita a responder pelo crédito em conformidade com dispositivo legal.

Logo, o sujeito passivo é o gênero, onde o contribuinte e responsável tributário são espécie. Sendo assim, o responsável tributário, a princípio, responderá pela obrigação, ou seja, pela dívida adquirida por outrem na posição de sujeito passivo da obrigação tributária.

Aduz Grupenmacher

Entre os responsáveis tributários estão, conforme regra veiculada pelo artigo 135, sócios e administradores de pessoas jurídicas de direito privado, que respondem pessoalmente pelos débitos da empresa, quando o inadimplemento tributário decorrer de atos que tenham praticado no exercício da gerência, com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos (2014, p.379).

O art. 142 do CTN, vem para corroborar com a doutrina e jurisprudência, quando dispõe que compete, privativamente, à autoridade tributária constituir o crédito tributário pelo lançamento, o que inclui a identificação do sujeito passivo.

É cediço que para ser promovida a inclusão no polo passivo da obrigação tributária, de qualquer um dos sujeitos enumerado no dispositivo legal anteriormente citado, faz-se necessário a prova de que o ato doloso ou fraudulento foi praticado por um desses agentes.

É visível, basta fazer uma rasa pesquisa sobre os julgados a respeito do tema aqui tratado, para ter a certeza de que o artigo 135 tem sido reiteradamente invocado pelas autoridades Fazendárias Federal, Estadual e Municipal, como fundamento para requerer o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio e do administrador (GRUPENMACHER, 2014, p.379).

3.4 A SÚMULA 435 E AS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Os entes fazendários têm na execução fiscal um importante instrumento para a persecução do crédito tributário, não pago pelo sujeito passivo responsável pela obrigação tributária. Conforme o já citado art. 135, III, do Código Tributário Nacional, o sócio com poder de gestão que pratica atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, possui responsabilidade pessoal pelos créditos tributários devidos pela pessoa jurídica.

O descumprimento de obrigação tributária por parte de um responsável por efetivar o adimplemento do crédito tributário, gera para esse a responsabilização direta pela dívida com o ente fiscal. Dessa forma terá seu débito inscrito em Certidão de Dívida Ativa – CDA. Logo, “quando na execução fiscal não são encontrados quaisquer bens penhoráveis em nome da empresa, o Fisco tem a prática de redirecionar a execução fiscal para o sócio administrador, que passa a figurar como se contribuinte originário fosse” (FIGUEIRAS e MORETTI, 2016, p. 375).

. O STJ editou a Súmula 435, disciplinando que é “presumida a dissolução irregular da empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos

órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Do entendimento extraído da Súmula supracitada, pode ser feito, seguramente, o raciocínio de que a presunção de dissolução irregular da empresa, a qual figura no polo passivo da Execução Fiscal, sempre estará atrelada a comprovação de que a executada deixou de funcionar em seu domicílio fiscal sem que os seus sócios procedessem com a devida comunicação aos órgãos competentes, onde mantém cadastro de atividade, a exemplo da Junta Comercial e Receita Federal.

Os Tribunais Superiores, principalmente, o Superior Tribunal de Justiça, tem reconhecido a tese do redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio gerente com base na dissolução irregular, inclusive, aceitando o entendimento de que esse redirecionamento pode ser feito no bojo do processo executivo. Um bom exemplo dessa linha adotada pelo STJ é o julgamento do Recurso Especial nº 1282234 BA 2011/0224438-1:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. SÚMULA 435/STJ. VIABILIDADE.

1.A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que é viável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pois tal circunstância acarreta, em tese, a responsabilidade subsidiária dos sócios, que poderá eventualmente ser afastada em sede de embargos à execução. Cumprе registrar que, nos termos da 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".

2.Impende ressaltar que "não prospera o argumento de que o Fisco não fez prova do excesso de mandato ou atos praticados com violação do contrato ou da lei a ensejar o redirecionamento, porque, nos casos em que houver indício de dissolução irregular, como certidões oficiais que comprovem que a empresa não mais funciona no endereço indicado, inverte-se o ônus da prova para que o sócio-gerente alvo do redirecionamento da execução comprove que não agiu com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder" (AgRg no AREsp 8.509/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 4.10.2011).

3.Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

A pretensão recursal merece acolhimento.

A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que é viável o redirecionamento da execução fiscal na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pois tal circunstância acarreta, em tese, a responsabilidade subsidiária dos sócios, que poderá eventualmente ser afastada em sede de embargos à execução. Cumpre registrar que, nos termos da 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*".

A corroborar esse entendimento, destaca-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULA 435/STJ.

1. A orientação da Primeira Seção do STJ firmou-se no sentido de que, se a Execução Fiscal foi promovida apenas contra pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra sócio-gerente cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o referido sócio agiu com excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, ou que ocorreu dissolução irregular da empresa, nos termos do art. 135 do CTN.

2. A jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que a certidão emitida pelo Oficial de Justiça, atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial, é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente. Precedentes do STJ.

3. Recurso Especial provido.

[...] **(grifo nosso)**

Notadamente, o Superior Tribunal de Justiça tem fundamentado suas decisões com base na dissolução irregular da empresa. Como foi analisado no capítulo inicial, a personalidade jurídica de uma sociedade empresária se inicia quando a mesma efetua o seu cadastro no Registro Público de Empresas Mercantis. Com isso as empresas ganham a autonomia, passando a responder pessoalmente pelas obrigações sociais, transformando os sócios em apenas condutores e investidores da sociedade empresária.

Martins conceitua a dissolução da seguinte forma

Compreende-se por dissolução da sociedade o procedimento de sua extinção e conseqüentemente da pessoa jurídica. Tendo existência a partir do arquivamento do contrato social no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, está preparada à realização do seu objetivo, independentemente dos sócios componentes, durante todo prazo para o qual fora constituída. Sua atuação se faz sentir, nesse tempo, como sujeito de direitos, podendo, de tal maneira, obrigar-se a praticar os atos que se tornarem preciso para a consecução do fim social almejado (MARTINS, 2011, P.225).

Tem-se, também, no ato do registro da sociedade empresária a indicação e formalização do domicílio empresarial, ou seja, informar o lugar onde funcionará as respectivas diretorias e administrações, ou alegação do domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos, como disciplina o art. 75, inciso IV, do Código Civil.

A ausência do empresário, quando procurado no endereço informado no contrato ou estatuto social gera uma insegurança para todos que mantêm negócios com a sociedade empresária.

Com base nessa insegurança é que os entes Federal, Estadual e Municipal, através dos seus órgãos fazendários e por meio da sua procuradoria, utilizam-se da Sumula 435 do STJ, peticionado às varas fazendárias o redirecionamento da execução fiscal para pessoa do sócio gerente a fim de obrigar a sociedade, aparentemente dissolvida de forma irregular, a sanar o débito tributário contraído. No REsp: 1344414 SC 2012/0194798-4, pode ser visto mais um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre tema

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE CERTIFICADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA - CABIMENTO.

VOTO A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Não há como prosperar a pretensão do recorrente. Para decidir a controvérsia, o tribunal de origem firmou o seguinte entendimento:

Em se tratando de dissolução irregular da sociedade, é lícito presumi-la quando a executada cessa suas atividades ou deixa de funcionar no endereço indicado no contrato social, arquivado na junta comercial, desaparecendo sem indicar nova direção e sem reserva de bens suficientes para a quitação de suas obrigações fiscais. Isso porque a pessoa jurídica tem o dever de promover sua regular liquidação, averbando a dissolução no Registro Público, realizando o ativo, pagando o passivo, distribuindo eventual remanescente aos sócios, cancelando a inscrição, comunicando a desativação à Secretaria da Receita Federal, entre outras providências legais. **O não atendimento dessas formalidades autoriza a presunção de que houve dissipação dos bens por parte de seus administradores, em prejuízo de eventuais credores.**

De outra parte, é suficiente para a caracterização de situação autorizadora do redirecionamento da execução contra o sócio ou administrador a certidão do oficial de justiça atestando sua ocorrência, cabendo àquele provar, na via própria, não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria através da edição do verbete nº 435, segundo o qual "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".

(...)

Feitas tais considerações, no caso concreto, o encerramento das atividades da empresa ficou caracterizado pela certidão do oficial de justiça de fl. 23, v. Além disso, pendente o pagamento dos tributos objeto da execução fiscal em discussão, não é possível a baixa na Junta Comercial, do que se depreende estar com seu registro ativo no órgão.

Esta Corte, nos termos do decidido pela instância de origem, firmou o entendimento de que, na hipótese dos autos, a execução fiscal pode ser redirecionada ao sócio-gerente, conforme se observa da leitura dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULA 435/STJ.

1. A certidão emitida pelo oficial de justiça que atesta que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, nos termos da Súmula 435/STJ. 2. A não localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal gera presunção *iuris tantum* de dissolução irregular, de modo que é possível a responsabilização do sócio-gerente, a quem caberá o ônus de provar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder.

3. Agravo Regimental não provido. [...]

(grifo nosso)

A Súmula 435, é clara no entendimento de que o sócio possuidor de poder de gerência é o mais provável responsável pela dissolução irregular da sociedade empresária, por ser evidente que o gerente, detentor desses poderes, poderia agir de forma contrária a lei e essa ação tornar-se de certo o fator determinante para dissolução da empresa.

Apesar do posicionamento claro no raciocínio que originou a Súmula 435, é comum encontramos diversos julgados, até mesmo do próprio Superior Tribunal de Justiça, que são contrários a esse posicionamento sumulado. Pois defendem a apresentação de provas, ou seja, a responsabilidade pela dissolução irregular da empresa só deve ser atribuída ao sócio gerente quando for aferida a culpa e restar comprovado que o mesmo cometeu atos abusivos, como por exemplo, o excesso de mandado ou infração à lei, ao Contrato Social ou ao estatuto daquela sociedade empresária. Segue essa mesma linha de pensamento a decisão da Segunda Turma do STJ no AgRg no AREsp: 662577 BA 2015/0032438-7:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AOS SÓCIOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 135 DO CTN. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. **Nos termos da jurisprudência do STJ, o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias.**

REsp 1.101.728/SP, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

2. O Tribunal de origem apreciou a questão e, com base no contexto fático dos autos, entendeu que não foram comprovados os requisitos legais que permitem o redirecionamento do pleito executivo ao sócio. Incidência da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

VOTO O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator): Não enseja provimento o presente regimental. Consoante fixado na decisão ora agravada, nos termos da jurisprudência do STJ, o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias. A propósito, tal entendimento ficou consolidado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, como demonstra a seguinte ementa: "**TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE. (...) 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa** (REsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 1.101.728/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11.3.2009, DJe 23.3.2009.) Assim, a desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN. **O Tribunal de origem apreciou a questão e, com base no contexto fático dos autos, entendeu que não foram comprovados os requisitos legais que permitem o redirecionamento do pleito executivo ao sócio** (fls. 76/79, e-STJ): "*É amplamente sabido que a dívida inscrita goza de presunção juris tantum de certeza e liquidez, tendo o efeito de prova pré-constituída, só podendo ser ilidida por prova inequívoca. É o que se extrai da inteligência dos art. 204 do CTN e art. 3º da Lei n 6.830/80 Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o ônus da prova para comprovação de responsabilize de sócio, cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa - CDA é da Fazenda Pública. (...) Como visto, cabe ao Fisco demonstrar de forma inequívoca a presença de um dos requisitos dispostos no art. 135 do CTN, não servindo apenas meras alegações de que os mesmos não foram encontrados nos seus respectivos endereços, ou que a empresa não mais funciona no endereço fornecido. Desse modo, tem-se que o conhecimento consubstanciado na decisão agravada não*

merece ser alterado, uma vez que, conforme demonstrado, encontra respaldo na legislação que regula o assunto. [...]
(grifo nosso)

As jurisprudências citadas, revelam a existência de divergência nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, quando trata do redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio gerente. Pois os argumentos contidos nas decisões têm fulcro na questão da produção de provas, tema que será discutido mais para frente. Em regra, os sócios não respondem pelos débitos fiscais da empresa, todavia existem exceções, como por exemplo a dissolução irregular da empresa.

No entanto, é correto pontuar que para comprovar a dissolução irregular cabe ao fisco demonstrar de forma inequívoca a existência de ato lesivo por parte do sócio gerente, ou seja, a presença de um dos requisitos contido no artigo 135 do Código Tributário Nacional, o que não é observada na maior parte das ações de execução fiscal que versa sobre o redirecionamento para a pessoa do sócio gerente.

4 A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA A GARANTIA DO CONTRADITÓRIA E AMPLA DEFESA DO SÓCIO GERENTE DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

4.1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

É possível observar a grande influência que o Direito Constitucional exerce sobre o Direito Processual, já que o processo, de uma forma geral, deve ser compreendido enquanto sua instrumentalidade Constitucional, ou seja, o processo será “instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”, desde que seja utilizado como ferramenta que assegure a aplicação das garantias (DINAMARCO, 2001, p. 308).

As garantias Processuais Constitucionais funcionam como critérios fixadores de fundamentos que restringem o poder do Estado, já que qualquer forma de poder

tende ao autoritarismo. Por isso, as garantias figuram como limitadores da pretensão punitiva estatal.

Assim, as garantias Processuais Constitucionais operam como escudo protetor face ao arbítrio do Estado. Com isso, as garantias que impõem limites ao poder estatal são reveladas através dos princípios, que, na lição de José Afonso da Silva, são “ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas”, não podendo nenhuma ordem jurídica contrariá-lo, é imperiosa a sua utilização. (SILVA, 1998, p. 96)

Diante disso, os princípios Constitucionais Processuais deverão ser observados e mais aplicados aos demais ramos do Direito, para assim preservar os direitos individuais, como liberdade, patrimônio entre outros.

Os princípios suscitados representam garantia constitucional à defesa, direito inviolável, em qualquer procedimento, até mesmo no processo de execução fiscal. Segundo Silva Junior que

a norma constitucional é, indubitavelmente, bem mais abrangente, pois o inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988, além de ter reunido em um só dispositivo o contraditório e a ampla defesa - no que foi bastante feliz o constituinte, uma vez que ambos estão intimamente conexos e formando o mesmo princípio processual- procedeu uma importante inovação consistente em estabelecer o princípio para todas as espécies de processos, cíveis ou penais.(SILVA JUNIOR, 1991, p. 13-20).

No processo, deverá ser oportunizado aos acusados de forma geral, o contraditório e a ampla defesa, sendo estes uma garantia constitucional aplicável a todas as espécies processuais, inclusive ao processo de execução fiscal, o qual se faz presente objeto desse estudo, e não apenas ao Processo Penal como é mais usual. Caso não existam o contraditório e a ampla defesa, não haverá processo regular e legal. As leis processuais devem garantir que tais princípios não sejam violados, sob pena de vício de inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, de nulidade do processo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não figuram apenas como princípios penais ou processuais, mais ainda, são princípios constitucionais,

que importam grande relevância. Trata-se de garantia trazida pela Constituição Federal de 1988 aos cidadãos que litigarem ou forem acusados em qualquer tipo de processo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram-se positivados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, logo servem de base para a aplicação do Direito e a proteção de direitos, como também, conduz o legislador na elaboração de novas normas. Logo, esses princípios devem ser aplicados em qualquer tipo e processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas:

É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9. 784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os "direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. (DI PIETRO, 2014: p704)

Na questão do redirecionamento da execução fiscal, o contraditório e ampla defesa são regras de grandiosíssima importância, considerando-se que o que está em jogo não é só o patrimônio do sócio gerente, mas também um instituto de grande importância para relações comerciais e para a economia do país, como é o caso da Personalidade Jurídica, logo estes princípios precisam ser observados com muito mais cuidado.

4.1.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O vocábulo contraditório deriva do verbo latino "*contradictio*", que significa contradizer, replicar, que é a ação de contradizer, contestar, apresentar contradita, dizer a alguém o contrário do que o outro afirma. Sendo ato de contestação no contencioso jurisdicional (Origem da Palavra- Site de Etimologia).

A partir disso, nota-se que o princípio do contraditório só caberá na jurisdição contenciosa, objetivando uma lide, através de uma pretensão resistida,

não podendo ocorrer na jurisdição voluntária, na qual o conflito de interesses entre os jurisdicionados é ausente.

O contraditório significa assegurar às partes, a oportunidade de, no processo, ventilar todas as alegações que alguma delas fizer, sendo possível a ambas a produção de provas, ou a contraposição de umas às outras, tendo acusado e autor o seu momento processual próprio, dentro de uma concatenação de tempo, demonstrando, com plenitude, as razões que justifiquem a sua pretensão (BACELLAR FILHO, p.230).

No que se refere ao processo administrativo, o contraditório deverá ser igualmente respeitado pela lei ou decreto que o regulamente, bem como pela autoridade administrativa que, porventura, se encarregue de julgar o ilícito administrativo ou a transgressão disciplinar.

Assim, o contraditório remete-nos a concepção democrática do processo, já que integra a participação plena das partes que serão afetadas diretamente pela decisão que findar o processo, sendo os sujeitos processuais dotados de ampla faculdade e poderes, garantida a paridade de armas, para o justo andamento do processo, e, sobretudo, da defesa (BACELLAR FILHO, p.230).

Sob a perspectiva lógica, não se alcançará a verdade senão pela divergência entre dois pensamentos opostos, que serão rebatidos através do diálogo, “em compensação, amplia o quadro de análise, concite à comparação, minimiza o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (BACELLAR FILHO, p.231)

O julgamento justo será feito quando não houver mais dúvidas, “que ocorrerá após o enfrentamento das teses divergentes.” O contraditório é o convencimento perfeito, as partes apresentam seu próprio pensamento para fazer com que os outros repensem. Dessa forma, o sistema jurídico fixa o diálogo como única, e mais eficaz via, para construção da decisão processual, sendo o contraste bilateral fundado no dualismo entre autor e réu, já que, consoante Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “é o diálogo que corrige continuamente a lógica, e não a lógica que controla o diálogo” (OLIVEIRA, n. 5, p. 51-66, 1999).

Desse modo, o contraditório constitui-se como método e ferramenta para verificação dialética de uma possível verdade, devendo estar presente em todos os momentos relevantes do processo, não devendo, de nenhuma forma, ser ignorado. De acordo com Oliveira, “o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” (OLIVEIRA, n. 5, p. 58, 1999).

Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira leciona que o conhecimento acerca da realidade “torna-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo,” a partir de diversos discursos em confronto (MOREIRA, p. 232. 1984).

Neste contexto, as partes passam a agir, de forma crítica e construtiva, no âmbito do processo, de modo que deixam de ser tratadas como simples objeto do pronunciamento judicial, como em tempos remotos, em que o contraditório somente era alcançado se a parte fosse submetida voluntariamente. Firly Nascimento Filho aduz que “como regra de cunho constitucional, a obrigatoriedade do contraditório, inclusive nos processos administrativos, consolidou, no Brasil, a tendência universalista de privilegiar a necessidade de defesa para legitimar o processo induzindo as partes a fim de possibilitar senão uma decisão justa” (NASCIMENTO FILHO, 2002, p 80).

Saliente-se que o contraditório não se caracteriza, apenas, como um debate entre as partes, uma vez que tem por objetivo “assegurar às partes equivalentes possibilidade de influir na formação do convencimento do órgão julgador, no curso de todo o processo” (BACELLAR, 2003, p. 233).

No diálogo do contraditório, deve haver cooperação entre as partes, para que estas interajam de forma dinâmica, buscando a elucidação do processo, com resultado mais favorável para uma delas. Conforme Grasso, “a ideia de colaboração assenta-se na pluralidade de pessoas operando contemporaneamente e, em harmonia, na obtenção da síntese, impossível ser apreendida por um só indivíduo” (GRASSO, 1996, p. 133, *apud*, p. 232).

De tal modo, para que a síntese não se torne definitiva, faz-se necessária “a participação dos interessados” no esclarecimento do processo. Sobre o tema, arremata o mencionado autor que garantir o contraditório “não significa que poderemos afirmar com veemência que chegaremos à verdade com o diálogo do contraditório, mas é inegável a possibilidade de aproximação dela” (GRASSO, 1996, p. 133, *apud*, p. 232).

Ressalte-se que o contraditório faz oposição entre as partes, imprimindo “bilateralidade ao instrumento processual.” Desse modo, o termo “partes” evidencia, desde logo a verdadeira noção de contraditório, pois cada uma delas emite opinião, na maioria das vezes baseada em provas. O contraditório busca ainda afiançar que a decisão surja da avaliação entre estas opiniões. (GRASSO, 1996, p. 133, *apud*, p. 232).

Observa-se também que o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da dialética bilateralidade do processo, ou seja, quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta (DI PIETRO, 2014: p.704).

Assim esclarece Silva que:

Garante-se o processo, e quando se fala em processo e não procedimento, alude-se, sem dúvida, as formas instrumentais adequadas, a fim de que a pretensão jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, seguindo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório e da plenitude do direito a ampla defesa. (SILVA, 2005; p 431).

Didier Jr. explica que o princípio do contraditório pode ser composto em duas garantias: participação (audiência, comunicação e ciência) e possibilidade de influenciar na decisão:

A garantia de participação e a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte (DIDIER JR, 2015, p.78).

Sobre a influenciar na decisão Didier defende que “se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão – e isso é o *poder de*

influência, de interferir com argumentos, ideias, alegado fatos, a garantia do contraditório estará ferida” (DIDIER JR, 2015, p. 80).

Fica claro que o contraditório possui o condão de assegurar que o réu tenha condições de trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer os fatos alegados. Assim “no ataque do autor deverá suceder a defesa do réu. No princípio do contraditório se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional (Const. Federal, art. 5º, LV), e segundo o qual ninguém pode ser julgado sem ser ouvido” (SANTOS, 2011, p. 105).

Diante disto, entende Marinetto que as partes influenciam no processo, de modo que participam da “formação do convencimento do julgador.” Sendo assim, a noção de parte é intrínseca ao contraditório, já que exige a efetiva colaboração de, pelo menos, dois sujeitos. Para eles, a decisão é destinada, seja judicial ou administrativa (MARINETTO, 1959, p. 459 *apud* BACELLAR, p. 239).

A ciência do processo não teria efetividade sem a dialética, neste segmento, aduz Borges que “o princípio do contraditório é um instrumento civilizatório sem o qual regrediríamos à barbárie: justiça com as próprias mãos, regra de Talião: olho por olho, dente por dente” (BORGES, 1996, p.60).

Assegura Carmem Lúcia Antunes Rocha, que deverá existir igualdade entre as partes processuais, independente do tipo de processo, seja ele judicial ou administrativo.

O Estado – na condição de pessoa exercente das funções da administração do bem público – cumpre mais de um papel, comparece em situação dúplice: como polo ativo ou passivo da arguição feita como julgador da situação processada. [...]. No processo administrativo o órgão julgador integra o poder que administra, e no exercício de cuja função emerge o conflito a ser solucionado. (ROCHA, 1997, p.27)

Sob esse panorama, Barcellar Filho aponta que “o contraditório visa equilibrar as forças de cada polo da relação.” Uma das garantias mais importantes que deve ser assegurada aos litigantes é o contraditório, pois, protege a capacidade que tem os sujeitos de influenciar na formação da decisão do órgão julgado, demonstrando,

através das suas próprias razões, em momento oportuno e no curso do processo” (BACELLAR FILHO, 2003, p. 242).

Imperioso salientar a importância da proteção à igualdade de oportunidades dentro do processo. A igualdade entre as partes é o equilíbrio do contraditório. A isonomia processual deve ser observada também nos processos, principalmente, no concernente a execução fiscal, posto que o Estado está na condição de polo ativo e passivo, agindo como acusador e julgador. No papel de julgador, distingue-se do processo judicial, pois este é equidistante e não tem interesse na demanda, enquanto aquele é nítido o interesse na decisão.

Portanto, a função precípua do contraditório dentro do processo é a de equilibrar as forças de cada sujeito dentro da relação processual, possibilitando a reação, em momento oportuno, quando os atos lhe forem desfavoráveis, ou quando de alguma forma, se sentirem prejudicados por atos do julgador ou da outra parte.

A efetividade do contraditório pode ser traduzida como reação necessária. Onde o contraditório é efetivo, a defesa é obrigatória. Logo o contraditório se revela na participação real das partes no processo. De acordo com os ensinamentos de Bacellar Filho, “este princípio desempenha importante papel social, sobretudo, no que se refere à competência sancionatória.” Por este motivo, deve ser essencial, tanto nos processos disciplinares, quanto nas sindicâncias, já que estas revelam sanções consideráveis (advertência e suspensão por até trinta dias). Dada à relativa gravidade da sanção, o contraditório deverá ser real e eficaz também nestes procedimentos (BACELLAR FILHO, 2003, p. 243).

Diante do exposto, preleciona Marinetto que o contraditório figura como a real e efetiva garantia da possibilidade atribuída aos sujeitos processuais de influenciar na construção do convencimento do órgão julgador, ao asseverar que:

o princípio em questão assume, além da fundamental exigência de que a parte seja avisada e ouvida sobre a demanda, ou sobre a acusação, também que ela tenha plena liberdade de defesa e constante possibilidade de participar ativamente no desenvolvimento do processo, cooperando seja com a pesquisa dos fatos e a colheita das provas, seja com a elaboração e formação do convencimento do juiz. (MARINETTO, 1959, p. 460-461 *apud* BACELLAR, p. 245)

Depreende-se que apenas oportunizar o litigante a participar do diálogo não é suficiente para concretizar o contraditório. É necessário, pois, garantir antes de qualquer decisão que afete a esfera jurídica do acusado, que ele possa se contrapor, por todos os meios de provas em direito admitidos. O contraditório deverá afetar todas as fases do processo.

O princípio do contraditório, constitucionalmente garantido, e de fundamental utilização faz com que as partes sejam avisadas sobre o que estão sendo acusadas, devendo ter plenitude e liberdade de defesa. Além da expressiva participação destas no desenrolar do processo, auxiliando para melhor elucidação da demanda, bem como na formação do convencimento do órgão árbitro. Sintetiza Romeu Felipe Bacellar Filho que o contraditório é “a oportunidade de influir no *iter* formativo da decisão [...] não pode ser qualquer oportunidade, mas real oportunidade.” (BACELLAR, 2003, p. 245)

Assim o princípio do contraditório e ampla defesa tornaram-se ferramentas fundamentais para manutenção da justiça. Logo é evidente que esses princípios são, de fato, coloraria do princípio do devido processo legal. Pois a CF/88 consagrou no art. 5º, LV, que aos litigantes na seara administrativa e judicial é assegurado o contraditório e ampla defesa, como meio de recursos a ela inerentes.

Em linhas gerais, tal dispositivo legal permite que os demandantes tenham a possibilidade de se defender das acusações apresentadas pela parte contrária e que pode se utilizar de todos os instrumentos possíveis para a concretização dessa defesa. Tal princípio estabelece a audiência, dando possibilidade de que as partes possam demonstrar as suas razões, é o chamado “processo dialético” (PINHO, 2013, p.433).

A reação dependerá da vontade dos sujeitos, mas a informação sobre os atos será sempre obrigatória. O direito de defender-se deverá sempre ser oferecido, cabendo ao acusado decidir como valer-se deste direito, dentro dos parâmetros legais.

Sendo assim, o contraditório pode ser considerado a revelação ou materialização da ampla defesa, porquê, a Constituição Federal defende que todo ato produzido pela acusação deve ser assegurado o direito de oposição por parte do

réu, trazendo este último a versão que melhor lhe represente, ou seja, fornecendo uma interpretação jurídica diferenciada para opor a apresentada pelo autor.

4.1.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa, por seu turno, nada mais é do que um resultado lógico do princípio do contraditório. Se o acusado tem por força deste a faculdade, constitucionalmente assegurada, de contradizer ou negar o que afirma o autor, admite-se que, para negar, deverá ser assegurado o direito de contrarrazoar, ou contestar amplamente”. É importante observar que o princípio da ampla defesa diz mais a respeito do acusado, do que sobre o autor, como por exemplo, nos processos de uma forma geral, onde é imputado ao acusado determinado fato delituoso (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 534).

A ampla defesa, em síntese, é o corolário do contraditório, no sentido de que este possa ser exercido com amplo conteúdo defensivo. No ordenamento jurídico pátrio, os princípios do contraditório e da ampla defesa são imposições de ordem Constitucional, presentes no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, a saber, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Dessa forma, são garantias constitucionais, que por tal natureza, não podem ser abolidas pelo legislador infraconstitucional, sendo ilícita a sua supressão, seja em matéria processual, seja em matéria de processo administrativo, bem como a sua restrição, em qualquer fase do processo.

No processo, deve ser garantida a oportunidade de refutar as pretensões entre as partes, bem como contradizer por alegações através de provas. Preceitua José Cretella Junior diz que “a regra da ampla defesa abrange a do contraditório, completando-se os princípios que a informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado.” Percebe-se, então, que as alegações do acusado deverão ser aceitas, de modo que não haja restrições,

e a outra parte será dada a oportunidade de contradizer (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 534).

Sublinhe-se, ainda, que o direito de defesa é inerente aos processos, pois protege os acusados da arbitrariedade do poder Estatal. A defesa será sempre anterior à aplicação de qualquer tipo de sanção, devendo este ser ouvido, para que influencie na formação decisão.

A acepção da ampla defesa refere-se à soma entre autodefesa e defesa técnica. Na defesa técnica, haverá assistência de um ou mais profissionais, que tenham conhecimento em Direito. Para Fenech, “a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que tem por profissão o exercício dessa função técnico- jurídica da defesa das partes que atuam no processo” (FENECH, 1960, p. 458 *apud* LOPES JÚNIOR, 2016, p. 99).

Com efeito, a defesa técnica existe para que haja um balanceamento entre defesa e acusação, já que o acusado, muitas vezes, não tem conhecimentos jurídicos suficientes para fazer sua defesa sobre o quê está sendo acusado, podendo o mesmo ficar à mercê da autoridade acusadora. A defesa técnica visa deixar em igualdade de condições acusado e acusador.

Aury Lopes Júnior defende a indisponibilidade da defesa técnica, tendo em vista tratar-se de garantia pertencente ao acusado, mas também, à sociedade em geral, pois há um interesse perante a coletividade na elucidação do fato, independentemente da vontade do sujeito que está sendo processado, pois é “imperativo de ordem pública, contido no princípio do *due process of law*” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 100).

No que tange à defesa técnica, caso o acusado não tenha condições financeiras de arcar com os gastos de um profissional da área jurídica, o Estado deverá garantir a mesma, por meio das Defensorias Públicas, já que o reconhecimento da culpa ou da inocência do réu é de interesse de toda a coletividade.

Contudo, constata-se que a ampla defesa é uma decorrência lógica do princípio do contraditório. É a forma mais eficaz de igualar os sujeitos dentro do

processo, fazendo com que o acusado influencie de forma integral na decisão final. Segundo Ada Pellegrini, “defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados. [...] A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório” (GRINOVER, 1992. p. 63).

4.1.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal acabou sendo inserido de forma expressa na Constituição de 1988, no art. 5º, que foi a primeira a referir-se expressamente ao “devido processo legal nos casos de privação da liberdade ou dos bens”. Com base no artigo citado, pode ser feito o entendimento de que o princípio do devido processo legal vale para qualquer processo judicial (seja criminal ou civil), e mesmo para os processos administrativos, inclusive os disciplinares, bem como nos processos administrativos previstos no ECA. Logo o devido processo legal aplicado na seara do direito material está em acordo com a necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade. (TAVARES, 2012, p. 740).

Marcus Venício Rios Gonsalves leciona que “o princípio do devido processo legal teve origem na Magna Carta, de João Sem Terra, datada de 1215, em que se ressaltava o seu aspecto protetivo no âmbito do processo penal” (GONSALVES, 2012, p. 53).

O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, “mas deve atuar de acordo com regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de participação”. (BUENO, 2015, p.38).

Didier Jr. resume

É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. so, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. so, I, CF I 1988); proibem-se provas ilícitas (art. so, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. so, LX, CF/1988); garante-se o juiz natural (art. so, XXXVII e LIII, CF/1988); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. so, LXXVIII, CF/1988); o acesso à justiça é garantido (art. so, XXXV, CF/1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo. (DIDIER JR.. 2015, p 66).

É evidente que os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, citados anteriormente, compõem o devido processo legal, preceito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, expresso no inciso LIV do art. 5º da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Defende Theodoro Júnior (2004, p.23) que “a justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante a nenhuma causa (Constituição Federal, artigo 5º, incs., LIV e LV)”.

Explica Grinover que

Entende-se, como formula o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantis que não servem apenas aos interesses das, como direito público subjetivo (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimador do exercício da jurisdição. (GRINOVER, 2013, p.92).

Portanto, é de se esperar que o procedimento venha a ser realizado em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzindo provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional” (GRINOVER, 2013, p.93).

Tem-se no devido processo legal uma garantia do cidadão, que lhe fora conferida pelo legislador constituinte originário, resguardando tanto o exercício do

direito de acesso ao Judiciário, assim como a certeza de um desenvolvimento processual em consonância com os princípios Constitucional e com as normas previamente estabelecidas.

4.2 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA TRAZIDO PELO CPC DE 2015 COMO FORMA DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DO SÓCIO GERENTE

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma inovação introduzida no nosso sistema jurídico pela Lei nº 13.105/2015, a qual dedica um espaço para disciplinar a forma como deve se dar a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil pátrio. Dessa forma o incidente é tido como a “manifestação da intenção do legislador de alinhar o Código de Processo Civil à Constituição de 1988, no que concerne à observação de princípios como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório” (GONZÁLEZ, 2016, p. 138).

Diferentemente da legislação processual pretérita, a qual não trazia sequer um artigo disciplinando o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, o Novo Código de Processo Civil introduzido pela lei supracitada abriu um capítulo só para tratar do tema

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

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

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

Art. 134. 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.

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

§ 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.

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

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

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

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

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

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

Na nova lei processual pode ser percebido a pretensão de amplitude, pois o conteúdo da mesma não se limita a estabelecer a forma de procedimentos relacionados ao processo civil, assim “ é nítida no novo código a preocupação em estabelecer um modelo de processo consentâneo com o modelo de Estado Democrático de Direito tal qual fundado na Constituição Federal de 1988” (GONZÁLEZ, 2016, p. 138).

Legitima-se essa amplitude do novo ordenamento jurídico processual, no momento em que nos deparamos com legislações que foram introduzidas no nosso ordenamento antes da edição da Constituição de 1988, como é o caso por exemplo da Consolidação das Leis Trabalhistas editada em 1943, da lei de execuções fiscais de 1980, ou seja, no período em que a nação não repousava a sombra do citado Estado Democrático de Direito.

Como referido no parágrafo anterior a lei de execuções fiscais, instrumento normativo que dialoga diretamente com o objeto dessa pesquisa, também fora editada ao largo dos preceitos constitucionais, previsto na Carta Maior de 1988. As execuções fiscais são submetidas a uma disciplina específica, mesmo “a despeito de não ter sido editada na vigência da Constituição a Lei 6.830/80, estabelece importantes parâmetros de proteção ao crédito público, enquanto manifestação econômica”. (GONZÁLEZ, 2016, p. 138)

Frisa-se que a lei supra também não disciplina um rito procedimental para descon siderar a personalidade jurídica, deixando as decisões sobre a forma a cargo das convicções dos juízos fiscais que por sua vez utilizam-se de jurisprudências ventiladas pelos tribunais superiores. Sendo assim, pode ser dito que a inovação do

incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pode ser usada para suprir essa lacuna na legislação fiscal do país. Nesse ponto, Maria Rita Ferragut defende que

A previsão de um rito específico para a declaração da desconconsideração da personalidade jurídica em processo judicial com determinação de citação dos sócio e abertura de fase de instrução voltada a investigação, especificamente, se estão presentes os pressupostos de desconconsideração, guarda nítida relação com o alinhamento no Novo Código de Processo Civil à Constituição de 1988, e com a necessidade de garantir as partes o contraditório, por outro lado, reforça-se a proteção do princípio da autonomia da pessoa jurídica, dificultando-se que, de modo açodado, se chegue ao patrimônio dos sócios ou administradores (FERRAGUT, 2016, p. 14).

É necessário enfatizar que a inovação contida nos artigos 133 a 137, do Novo Código de Processo Civil encontra muitos opositores, por ser o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária um assunto polêmico na doutrina e na jurisprudência, pois o tema da responsabilidade tributária está diretamente relacionado “à sujeição passiva tributária e adquiriu, nos últimos anos, grande relevância dadas as práticas das Administrações Fazendárias, adotadas diante de seu interesse de realizar a receita tributária de forma concreta e eficiente”(GRUPENMACHER, 2016, p. 01).

No tocante as divergências entre os operadores do direito destacam-se três pontos que segundo os opositores tornam impossível a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito da execução de crédito tributário, principalmente, no concernente a questão do redirecionamento da CDA para a pessoa do sócio gerente.

O primeiro ponto refere-se a especialidade da lei, pois as execuções fiscais são regidas por lei específica como é o caso da lei de execuções fiscais, Lei 6.830/80, logo, “trata-se de procedimento judicial especial por meio do qual a Fazenda pública pode buscar a satisfação dos seus créditos tributários e não tributários em dívida ativa e constitui o respectivo título executivo extrajudicial, a certidão de dívida ativa (CDA)”. O segundo ponto tem relação com a natureza da própria CDA, pois a mesma “guarda intrínseca relação com o procedimento especial da

execução fiscal, por meio dela se justifica a legitimidade do sujeito passivo indicado na CDA” (GONZÁLEZ, 2016, p.144).

O terceiro ponto e um dos mais polêmicos, relaciona-se com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, contido no artigo 50 do Código de Processo Civil e o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa do sócio gerente, pois parte da doutrina acredita que a “responsabilidade tributária resguardada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente de desconsideração previsto no art. 133 do CPC de 2015”:

Por exemplo, se for atribuído diretamente pela lei a responsabilidade ao acionista, sócio ou administrador por algum ato seu, não haverá de ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica porque a pessoa jurídica não representa um obstáculo para a incidência da norma legal. De igual maneira, se a lei atribuir reponsabilidade solidaria ao acionista, sócio ou administrador, não há se falar em aplicação da *disregard doctrine*, pois o véu da pessoa jurídica não impede que a lei seja aplicada (GONZÁLEZ, 2016, p.145).

A Escola de Magistratura Regional Federal da 2º Região (FOREXEC) também adotou posição contrária ao uso do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do Novo Código de Processo Civil, conforme Enunciado nº 6 que diz: “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”

Segue essa mesma lógica o entendimento do enunciado número 53, proferido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) no encontro 62. O encontro foi feito para tratar sobre *O Poder Judiciário e o novo CPC*, realizado no período de 26 a 28 de agosto de 2015. O enunciado traz a seguinte recomendação aos magistrados: “O endereçamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista do CPC/2015”.

Diversas decisões vêm sendo proferidas tomando como base as recomendações editadas nesses enunciados, ou seja, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, princípios que estariam garantidos se o incidente de

desconsideração da personalidade jurídica fosse utilizado nas execuções fiscais. Nesse agravo de instrumento proferido pela Segunda Turma do TRF4, pode se ter uma visão do tema discutido:

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 conseqüente 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)

Frisa-se, que doutrinadores especialistas em direito tributário fizeram severas críticas ao posicionamento adotado no enunciado 53, editado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Um desses críticos foi a professora Betina Treiger Gruppenmacher.

Segundo Gruppenmacher “o fundamento para tal entendimento não foi essencialmente jurídico, mas pragmático, pois a incompatibilidade foi baseada na sistemática e na celeridade que gozam as execuções fiscais. Ainda ressaltou Gruppenmacher: “É inaceitável que se redirecione a execução fiscal para o sócio-gerente sem comprovação cabal de que se trata de hipótese autorizadora para tanto, pior, que se lhe impinja o ônus de fazer prova negativa de que não infringiu à lei, contrato social ou estatutos” (GRUPENMACHER, 2015)

Como já foi levantado em tópicos anteriores desse presente trabalho, o artigo 135 do Código Tributário Nacional é incessantemente utilizado pelas autoridades

fazendárias como base jurídica para requerer o redirecionamento da execução fiscal para pessoa do sócio gerente da sociedade empresária, “sempre que for atestada a inexistência de acervo patrimonial da pessoa jurídica – contribuinte do tributo – apta a satisfazer a pretensão fazendária”. Ocorre que o simples fato da empresa se encontrar inadimplente não chancela a autoridade fazendária à invocar por via judicial a inclusão do sócio gerente ou administrador no polo passivo a execução fiscal (GRUPENMACHER, 2016, p.04)

Gruppenmacher ainda pontua que:

Para que a personalidade jurídica seja desconsiderada e, conseqüentemente, o débito seja redirecionado para os administradores, a autoridade fazendária deve demonstrar – de forma inequívoca – a prática de ação dolosa anterior ao nascimento da obrigação tributária e responsável pelo seu nascimento, para, após tal providência, inseri-los na condição de sujeito passivo da obrigação tributária (GRUPENMACHER, 2016, p. 04).

Imperioso salientar, que o próprio artigo 135 *caput.* do Código Tributário Nacional é taxativo ao disciplinar que os débitos da sociedade empresária resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, recairá sobre os ombros dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado quando tais fatos restarem comprovados.

No panorama atual, nota-se que o ente Fazendário não vem utilizando o artigo 135 do CTN como realmente o conteúdo do dispositivo recomenda, pois a interpretação dada ao dispositivo visivelmente contribui somente para a pretensão satisfatória do crédito tributário. Dessa forma “a inobservância dos ritos processuais pertinentes ao fundamento legal escolhido, e a grande dificuldade que o contribuinte enfrenta para ter a sua defesa apreciada – tendo em vista o cabimento restrito da exceção de pré-executividade - ganha novos contornos diante da incidência de desconsideração da personalidade jurídica, inovação da lei 13.105/2015” (FERRAGUT, 2016, p. 14).

Cabe também enfatizar o entendimento de que para plicar o preceito contido no artigo 135 do Código Tributário, “a autoridade Fazendária deverá comprovar a infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos, quando for desencadeadora do nascimento da relação jurídica tributária”. Com isso caberá ao executado demonstrar

a sua retidão na condução da empresa e que a sua ação como gerente ou administrador não contribuiu para tornar a empresa devedora do crédito perseguido pelo ente fazendário. ” O executado deverá, portanto, fazer prova positiva da sua ação responsável e não prova negativa de uma atuação dolosa” (GRUPENMACHER, 2016, p. 05).

Com base no que foi defendido anteriormente fica claro que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica “supre uma lacuna legal, ao permitir que, antes da apreciação do pedido de corresponsabilidade a parte defenda-se, apresentando provas e tenha a sua defesa apreciada”. Sendo assim, o contraditório será observado desde o início, sendo assegurado a todos o devido processo legal (FERRAGUT, 2016, p. 15).

Apesar da orientação das escolas de magistratura, quanto a não aplicabilidade do incidente de descon sideração da personalidade jurídica nos casos envolvendo o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente, existem juízes que vão na contramão do entendimento da maioria e proferem algumas decisões, mesmo que ainda muito raras, com base no artigo 133 do Novo Código de Processo Civil:

PROCESSO 0000123-84.2011.4.03.6113

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 06/11/2015 p/ Despacho/Decisão
Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Trata-se de pedido de redirecionamento da presente Execução Fiscal contra o administrador da parte executada, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. A exequente alega que houve a dissolução irregular da sociedade (certidão de fl. 163, autos n. 0001030-54.2014.403.6113). Da certidão de fls. 87vº-88vº destes autos o que se constata é que houve a alteração da sociedade que passou a explorar a casa de saúde. Com efeito, ao se dirigir ao endereço da parte executada, o Sr. Meirinho certificou que naquele endereço atualmente funciona a Assistência de Saúde daquele Município, que utiliza o CNPJ da Prefeitura Municipal (n.º 59.851.600/0001-06), tendo em vista o término do Convênio da Prefeitura com o CNPJ n.º 10.564.590/0001-39, constante do mandado, da gestão passada. Disse ser a atual Coordenadora de referida casa de saúde, desde janeiro desse ano (2013), com a nova gestão municipal. Referida pessoa informou que no local funcionou até 31 de dezembro de 2012 o Pronto Atendimento, no CNPJ constante no mandado (n.º 10.564.590/0001-39), até o término do mandato do Prefeito anterior, quando teria encerrado o convênio de referido CNPJ com a Prefeitura Municipal daquela cidade...Neste passo e consoante já havia aventado na decisão de fls. 93, ao que parece houve a sucessão de pessoas jurídicas na exploração de uma mesma atividade, o que, em regra, pode carrear à sucessora a responsabilidade pelos tributos devidos, na forma dos artigos 132 e/ou 133,

ambos do Código Tributário Nacional. De todo modo, não se descarta a possibilidade de o dirigente da pessoa jurídica anterior também ser responsabilizado pelos tributos não pagos. **Mas, para tanto, tenho por imprescindível a instauração de incidente processual, a fim de garantir o devido processo legal e a possibilidade de ampla defesa. Assim, determino a instauração de incidente processual de descon sideração da personalidade jurídica da executada em desfavor de JAYME SIMON GARCIA, inscrito no CPF sob n. 594.108.418-87.** Os autos do incidente terão como primeira página cópia desta decisão e como petição inicial o requerimento de fls. 84-85 e os documentos que a acompanharam; a decisão de fls. 93 e a cota de fls. 94 – todas do processo piloto – e o documentos de fls. 163 e 174 a 186, do processo 0001030-54.2014.403.6113. Desentranhem-se as petições acima para formação dos autos do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, certificando nos autos. Depois de formados os autos, cite-se o dirigente para se manifestar e requerer as provas que tiver, no prazo de 15 (quinze) dias. Sem prejuízo, oficie-se a Prefeitura Municipal de São José da Bela Vista (SP) para, no prazo de 05 (cinco) dias, exibir no incidente a cópia do convênio celebrado com a executada. Cumpra-se. Intimem-se. Expeça-se o necessário.

Cumpr e salientar que decisões como a colecionada acima estão em perfeita sintonia com os princípios processual constitucionais, pois visam garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa do sócio administrador, portanto, “ao realizar o pedido de redirecionamento da dívida tributária para o administrador, supostamente infrator, a autoridade fazendária deverá, de antemão, comprovar os fatos constitutivos de seu direito”. Cabendo ao executado defender-se dos fatos alegados pela Fazenda Pública (GRUPENMACHER, 2016, p. 05).

Cabe frisar também que decisões apoiadas no artigo 133 do Código de Processo Civil de 2015, não visam procrastinar as execuções fiscais, pois “ o incidente não torna o processo mais moroso, uma vez que a manifestação da parte acabará sendo exercida em substituição a exceção de pré-executividade, logo assegurar que a parte exerça o seu direito de defesa é observar o contraditório (art. 5º, LV da CF)” (FERRAGUT, 2016, p. 39).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto no capítulo inicial a ficção jurídica, que é a personalidade jurídica, se consolidou mediante a uma evolução histórica, coadunando assim com a necessidade associativa do homem na pretensão de realizar grandes empreendimentos. Portanto ela é uma característica inerente as sociedades empresárias, pois atribui a elas direitos e deveres.

Entre os direitos tem-se em especial a separação patrimonial entre os bens da empresa e dos sócios, dessa forma confere aos sócios uma garantia (exceção no artigo 50 do Código Civil) de que o seu patrimônio particular não será confundido com o patrimônio da sociedade empresária. Entretanto, esse princípio da separação patrimonial vem sendo rotineiramente esvaziado por parte do judiciário brasileiro, principalmente, no âmbito das execuções fiscais.

Assim, esse descaso com os princípios inerentes a pessoa jurídica gera para os investidores (os sócios), sem dúvidas, um considerado desestímulo, visto que se tem na separação patrimonial uma forma de incentivo ao investimento de capitais.

Com isso, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, inovação introduzida pelo Novo Código de processo Civil, surgiu para dar ao princípio da separação patrimonial um folego quando oportuniza aos sócios administradores das sociedades empresárias o direito de defender, previamente, o seu patrimônio, ou seja, antes de figurar no polo passivo da ação de execução fiscal, logo é mais um motivo para que a inovação deva ser aplicada no bojo das execuções fiscais que usam como fundamento a dissolução irregular das empresas para redirecionar a execução para a pessoa do sócio administrador da sociedade empresária.

Sendo assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica preenche uma lacuna nos procedimentos processuais envolvendo execução fiscal que possuem fundamentação na dissolução irregular da sociedade empresária. Dessa forma, ainda que as críticas feitas a inovação do Novo Código de Processo Civil sejam extremamente duras, especialmente, no ponto que toca na questão da especialidade da lei de execuções fiscais, não convenhamos, deixar de aplicar um

rito procedimental que realiza o contraditório, a ampla defesa e conseqüentemente a segurança jurídica, não é, seguramente, entendimento compatível com um Estado que se pretende democrático e de direito.

Tratando-se da questão da segurança jurídica, é notadamente visível que nos casos do redirecionamento da execução para o sócio gerente existe uma “interpretação do sentido material da norma jurídica, de forma a adequá-la aos interesses do fisco, já que o dispositivo legal somente autoriza o redirecionamento caso o inadimplemento fiscal tenha decorrido do ato praticado em excesso de poderes pelo gestor”. Logo o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional não deve ser invocado tomando como base apenas a falta de pagamento da dívida tributária (FIGUEIRAS, 2016, p. 373).

Cabe frisar que a responsabilização do artigo 135 do Código Tributário Nacional é resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Sendo assim, necessita de dilação probatória, visto que a dicção do artigo em comento sugere imputação de um ilícito devido a conduta desviante do sócio administrador da sociedade empresária.

É consenso, entres críticos e simpatizantes da inovação do NCPD que a persecução do crédito tributário tem como escopo a realização do interesse coletivo por meio de políticas públicas. Entretanto, tal premissa não autoriza os entes públicos a não levarem em conta as normas tributárias protetoras do contribuinte, e agirem sem quaisquer limites, em nítida afronta ao princípio do devido processo legal. Devido a essa premissa é que deve ser propiciado ao sócio gerente da sociedade empresária o direito de defender-se para garantir que o seu patrimônio não sofra restrição por parte do fisco.

Dessa forma o procedimento para enquadrar o sócio gerente da sociedade empresária tem que ser sob a égide dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim o acusado terá a oportunidade de produzindo provas e influir sobre a formação do convencimento do juiz visando a proteção dos seus bens.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA. Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais, Direito de Empresa**. 20. ed, São Paulo: Saraiva - 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp nº 662577 BA 2015/0032438-7**, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 14/04/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2015).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1344414 SC 2012/0194798-4**, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 13/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2013).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1282234 BA 2011/0224438-1**.

COELHO. Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2, 15 ed. São Paulo: Saraiva -2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 534.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v, 1. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 153, *apud* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 233.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367.

FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed. Barcelona, Labor, 1960. v. I, p. 458 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2016, p. 99.

FERRAGUT, Maria. **Novo CPC e seu Impacto no Direito Tributário** – 2 ed – São Paulo; Fiscosoft, 2016.

FIGUEIRAS e MORETTI. O **Incidente da Desconsideração da Personalidade jurídica na execução fiscal diante da Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)**. Rev. Faculdade. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 69, pp. 371 - 387, jul./dez. 2016.

GRUPENMACHER, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/betina-grupenmacher-juizes-criam-enunciado-contraditorio#author>>. acesso em 26 de agosto de 2017.

GRUPENMACHER, 2016. Disponível em: < <http://www.ibet.com.br/ibet-antigo/wp-content/uploads/2016/03/Bentina-Treiger-Grupenmacher.pdf>>. acesso em 26 de agosto de 2017.

GRASSO, Eduardo. **La Collaborazione nel Processo Civile**. Revista di Diritto Processuale, Padova, n. 4, ott./dic. 1996, p. 133, *apud*, *Ibid*, p. 232.

GONZÁLEZ, Thiago Holanda. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do novo Código de processo civil (Lei n. 13.105/2015) e as execuções fiscais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, v. 37, n. 77, jan. 2016, p. 137-168.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1992. p. 63.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de direito comercial**. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2016, p. 100.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. **Em Pauta**: revista de Processo, São Paulo, n. 35 p. 232, jul./set. 1984.

MARINETTO, Giuseppe. **Princípio del Contraddittorio**. Novissimo Digesto Italiano, Torino, v. IV, 1959, p. 460-461 *apud* Ibid., p. 245.

MARINETTO, Giuseppe. **Princípio del Contraddittorio**. **Novissimo Digesto Italiano**, Torino, v. IV, 1959, p. 459 *apud* Ibid., p. 239.

MOACY, Amaral Santos. **Primeira Linhas de Direito Processual Civil**, vl.2, Saraiva, 2011, p. 105.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Notícia do Direito Brasileiro. A Garantia do Contraditório**. **Em Pauta**: revista da Faculdade de Direito da UnB, Brasília, n. 5, p. 51-66, 1999.

Origem da Palavra- Site de Etimologia. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/pergunta/page/386/>>. Acesso em: 24 jul. 2017

PINHO, Humberto Dallo Bernadina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**, ed 5. Editora Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Em Pauta**: Revista de Informação Legislativa, n. 136, out./dez. p. 24, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1998, p. 96.

SILVA JUNIOR, Edvaldo Batista da. **Alguns aspectos do princípio do contraditório e da ampla defesa na Constituição de 1988**. Bahia Forense, Salvador, n. 34, p. 13-20, jan./jun. 1991.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Cib). **Direito civil**. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**, 13^o ed. São Paulo: Atlas, 2013.