

Breves aspectos sobre Personalidade Jurídica, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e peculiaridades no Processo de Execução Fiscal

Com a publicação e a vigência da Lei n.º 13.105/15 (novo Código de Processo Civil) diversas dúvidas surgiram, mas uma vem intrigando os profissionais do direito que atuam com executivos fiscais: a adaptação e aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução fiscal.

Diversos valores de inquestionável importância que estão por detrás dessa questão não podem ser esquecidos quando os efeitos lhes afetam diretamente. Façamos uma análise rápida sobre esses valores para chegar a alguns pontos do nosso comentário.

A pessoa jurídica é uma ficção jurídica nascida das necessidades práticas do tráfico mercantil. Através da administração centralizada e fluída de uma unidade comercial e produtiva autônoma - formada por conjunto de bens e direitos afetados a sua finalidade econômica, cuja responsabilidade daqueles que a realizam é limitada - se busca garantir o compromisso assumido entre os comerciantes, preservar o investimento e a continuação da atividade econômica. Tal instrumento se tornou tão confortável entre os empresários que estimulou não só a constituição de diversas sociedades com responsabilidade limitada, mas implicou também no desenvolvimento hodierno das atividades empresariais.

Remonta com maior relevância à idade média, a partir do século XII, período em que surgiam as navegações ultramar e os riscos para os mercadores e investidores. Nessa época, na Europa, nascia a sociedade "*commenda*", formada pelo sócio *tractor* (sócio navegante e mercante) e o sócio *star* (sócio investidor). Os sócios em terra, investidores, respondiam apenas pelo risco de seu investimento, enquanto os sócios mercadores respondiam com seus bens pessoais pelo risco do comércio. A limitação de responsabilidade dos investidores proporcionava mais segurança. Isso implicou em estimular novos investimentos e, por consequência, no aumento das atividades comerciais. Esse tipo de sociedade foi modernizado e logo em seguida transformado nas sociedades em comandita.

Na sequência, aproximadamente no século XVII surgiram as Companhias Coloniais. Sociedades criadas por lei ou decreto monárquico, formadas por capital próprio dividido em ações e de responsabilidade integral limitada, inclusive do administrador, que era nomeado por poucos e seguia as orientações exclusivas do monarca. Neste ponto, surge com maior ênfase a *autonomia patrimonial*. Somando a autonomia patrimonial, com a responsabilidade limitada dos sócios ao investimento e a transferência de responsabilidade dos atos mercantis à unidade econômica, passa a surgir a ideia de *personalidade jurídica* da sociedade.

No período compreendido entre oséculo XVIII e o século XIX, sob as regras do liberalismo, se originou a sociedade anônima, livre de qualquer atuação estatal e regida pelo dogma da “mão invisível”. Nessa época, era transferido quase todo o risco do seu empreendimento aos que com ela contratassem.

Posteriormente, diante da necessidade de limitação do liberalismo a fim de garantir direitos sociais e, conseqüentemente, os direitos individuais de primeira geração, foi implementado o Estado Social de Direito e a ideia da institucionalização das sociedades por ações, limitando a transferência exacerbada de riscos à coletividade – que se dava através da utilização abusiva da limitação da responsabilidade e da personalidade jurídica –plantando, então, a semente da preservação da atividade empresáriae enaltecendo sua função social.

Podemos observar que o surgimento da personalidade jurídica tem relação direta coma necessidade detransferir riscos e responsabilidades à coletividade.Toda limitação de responsabilidade, acobertada pela personalidade jurídica, gera a redução de responsabilidade dos sócios para o conseqüente aumento de responsabilidade daqueles que com ela contratam e se sujeitam aos respectivos efeitos. Essa transferência de responsabilidade é tolerada pela comunidadee pelo direito,em razãoda primeira sera beneficiária de diversos produtos e efeitos decorrentes da atividade empresária acobertada pela sombra incentivadora da personalidade jurídica. É verdade que tal transferência deve ser dotada de *razoabilidade*, ou seja, deve o empresário atender, mesmo que indiretamente, aos interesses da coletividade, que são traduzidos pela função social, dignidade e justiça social.

Dessa forma, só podemos falar em desconsideração da personalidade jurídica quando a transferência natural dos riscos da atividade empresária à coletividade, praticada sob a proteção da personalidade jurídica, ocorre de forma desarrazoada e não compensadora, ou seja, além dos limites de tolerância e de harmonização com os interesses sociais.

Assim surge a *teoria maior* da desconsideração da personalidade jurídica, calcada na proibição do abuso de direito, e a criticada *teoria menor* da desconsideração, que é fundada apenas na dificuldade de reparação do dano.

Sem adentrar nesse mérito, cabe ressaltar que a transferência razoável de riscos à coletividade gera estímulos à circulação de riquezas, que se revestem ao final em diversos benefícios, como tributos, emprego, consumo, produção, fomento tecnológico, inovação e etc., que promovem o desenvolvimento econômico e social.Em razão disso, deve-se termuito cuidado ao aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pois a sua banalizaçãoimportará na reduçãodo estímulo ao investimento na atividade produtiva, mitigando-se de forma direta a livre iniciativa e de forma indireta a liberdade de empresa, prejudicando, no final,toda a coletividade.

O Novo Código de Processo Civil, do artigo 133 ao 137, disciplina o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, permitindo, finalmente, o exercício do contraditório e da ampla defesa aos sócios e aos administradores antes do levantamento do

véu da pessoa jurídica. Sua aplicação no processo de execução fiscal, além da existência dos requisitos *supra* enaltecidos, somente pode ser adotada quando a própria lei não abrange a responsabilidades da pessoa jurídica aos sócios e administradores responsáveis.

O Código Tributário Nacional, no art.135, III, confere diretamente responsabilidade ao sócio e administrador quando tenham atuado “*com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”. Segundo o dispositivo, apenas quando o sócio ou administrador atuarem além de suas funções, em verdadeira atuação *ultra vires*, ou em ofensa ao contrato social ou estatuto, será dispensado o incidente de desconsideração, responsabilizando-se diretamente aqueles que agiram com culpa ou dolo (art.1.016 CC/02 e art.158 Lei n.º 6.404/76).

Contudo, não são todas as hipóteses que ensejarão a responsabilização direta. Em relação ao sócio, é necessário que este tenha praticado atos de gestão que, em razão de dolo ou culpa, tenham resultado em infração de lei, contrato ou estatuto ou que ele tenha atuado na dissolução irregular da sociedade (AgRg no REsp 809640 / DF). Em relação ao administrador e ao sócio na gestão da pessoa jurídica, cabe observar que também não é todo o ato praticado que implicará na responsabilização direta. Em vista da teoria do *business judgement rule*, somente aquelas condutas de má-fé, explicitamente ilícitas e graves podem ser objeto de responsabilização. Esse filtro deve ser adotado para evitar a responsabilização direta por consequências das más decisões tomadas de boa-fé em prol da sociedade (conforme art.159, §6º Lei n.º 6.404/76), vez que o mérito empresarial cabe ao gestor e não ao Estado.

Fora dessa hipótese de responsabilização direta – *quando ocorrer abuso de personalidade jurídica, mediante fraude, confusão patrimonial, somados à impossibilidade da pessoa jurídica arcar com o crédito tributário e multas fiscais, correspondendo a transferência excessiva de riscos à Sociedade*(art.50 CC/02) – se fará necessário o incidente de desconsideração no processo executivo fiscal que, por força da subsidiariedade da aplicação das normas do código de processo civil (art.1º da Lei n.º 6.830/80), será admitido tanto no processo de execução quanto no processo de conhecimento dos Embargos à Execução (art.134 do CPC/15. “*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.*”).

O pedido de desconsideração será necessariamente processado de forma incidental no processo de execução fiscal, vez que não será possível sua supressão através de pedido inserido na peça exordial executiva, já que o procedimento do executivo fiscal não admite espaço para desenvolvimento do contraditório e da instrução em níveis suficientes para uma cognição exauriente.

Já no processo de conhecimento referente aos Embargos à Execução, a Fazenda Pública, além de não poder dispensar o incidente por não ser autora, não terá interesse jurídico em promover a desconsideração da personalidade nesta seara (art.134, §2º do

CPC/15). Portanto, o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica deverá se dar através do processamento na forma incidental, implicando na suspensão do processo executivo quando citados os sócios e administradores responsáveis, conforme determina o art.134, §3º do CPC/15.

Veicular tal pedido em uma reconvenção, em contestação no processo de conhecimento dos Embargos à Execução, também não é adequado, não só por força da vedação legal do art.16, §3º da Lei n.º 6.830/80, mas também pelo fato do pedido de desconconsideração estar relacionado diretamente com o pedido reconvenicional e não com a demanda executiva fiscal.

Efeito de grande importância para a Fazenda Pública, em caso de procedência do incidente de desconconsideração, é a ineficácia de alienação e da oneração dos bens pessoais dos sócios ou dos administradores com a intenção de fraudar a execução fiscal. Tal benefício está previsto no art.137 e é confirmado pelo art.790, V e art.792, §1º, todos do CPC/15. Assim, presentes as hipóteses dos incisos II, III e IV do art.792 do CPC/15 e art.185 do CTN, presumir-se-á a má-fé dos responsáveis na alienação de seus bens.

Note-se que até o momento da publicação da decisão de desconconsideração, os sócios e administradores não são “devedores” e nem mesmo partes da ação executiva fiscal. Em outras palavras, não recaía penhora ou registro sobre seus bens em matrícula imobiliária nem mesmo existia inscrição em dívida ativa e execução fiscal ajuizada contra eles, até porque não eram devedores do fisco. Diante disso, poderia-se falar em fraude a execução se os sócios e administradores alienassem ou onerassem seus bens durante o processo de execução fiscal, mas antes de decidido ou até mesmo protocolado pedido incidental de desconconsideração? Poderia a citação da pessoa jurídica executada produzir efeitos extra partes, superando a personalidade jurídica e atingindo terceiros não devedores do fisco? Entendo que diante da autonomia patrimonial e da personalidade jurídica, não caberia falar em fraude à execução nessas hipóteses.

No entanto, esse não foi o entendimento do legislador do CPC/15 que, de forma específica no art.792, §3º determinou o seguinte: *“Nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.”* Assim, o legislador determinou a citação com capacidade de produzir efeitos extra partes, alcançando os sócios e administradores da sociedade devedora, quando for esta citada no processo executivo. Frise-se que o novo código de processo civil não abordou a questão relativa à presunção de fraude a execução na alienação de bens pelo devedor após a inscrição do débito em dívida ativa, conforme dispõe art.185 do CTN.

Outra questão relevante é saber se o sócio ou o administrador, após o deferimento do pedido incidental de desconconsideração, com a ampliação subjetiva da lide executiva, terá a oportunidade de apresentar Embargos à Execução. Diante do princípio constitucional do

devido processo legal, não há como não garantir essa possibilidade ao sócio ou ao administrador responsável. No entanto, o prazo e a legitimidade para seu ajuizamento deverão ocorrer após garantido o juízo da execução, nos termos do art.16 da Lei n.º 6.830/80.

Buscamos através do presente texto realizar uma análise resumida de diversos institutos que gravitam em torno do novo instrumento processual positivado da desconsideração da personalidade jurídica, ponderando sobre a importância do instituto e de seus efeitos para a sociedade, com o fito de viabilizar sua aplicação adequada. É verdade que diversas indagações persistem sobre o novo *procedere*. Suas respostas surgirão, inevitavelmente, com a aplicação do direito ao caso concreto e ao longo do tempo, quando ocorrerá a adequação da norma às exigências da sociedade.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 2016.

Ricardo Minner

Advogado especializado em Direito Empresarial