

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5026320-96.2013.404.0000/PR

RELATOR : OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

AGRAVANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : TRANSPORTADORA RODOBEK LTDA

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO. INFRAÇÃO À LEI. INDÍCIOS DE CRIME FALIMENTAR.

1. Havendo indícios de crimes falimentares, caracterizado está, em princípio, que os sócios infringiram a lei e o próprio estatuto da pessoa jurídica, estando implicados, em tese, na prática de crime falimentar, o que justifica o redirecionamento da execução.

2. A informação fundamentada do síndico da massa falida acerca de possíveis crimes falimentares é indício de que o sócio gerente tenha agido com excesso de mandato ou infringido a lei, o contrato social ou o estatuto, o que justifica o redirecionamento da execução.

3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 11 de fevereiro de 2014.

Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto pela UNIÃO - FAZENDA NACIONAL em face de decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução fiscal, nos seguintes termos:

'A exequente requer, no evento 13, o redirecionamento da execução em desfavor de JOSMAR RICHTER, ELOÍSA DE FÁTIMA GRUBE MARCINIK e JORGE LUIZ MARCINIK, na qualidade de responsáveis por infração à Lei.

Recentemente, o e. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 562.276/PR, relatora a e. Min. ELLEN GRACIE, já pelo mecanismo da repercussão geral (arts. 543 e segs do CPC), adotou uma postura mais restritiva no que se refere à responsabilidade dos sócios pelos débitos de empresas. Isso faz com que este juízo seja levado a reexaminar as decisões anteriormente prolatadas acerca do assunto. Veja-se a ementa:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS.

1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário.

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas 'as pessoas expressamente designadas por lei', não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores - de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) - pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter Person, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O 'terceiro' só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.

5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.

7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

(RE 562276 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 03/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193)

Como se vê, discutia-se norma prevista em lei ordinária que admitia a responsabilidade quase que 'automática' dos sócios de empresas. Todavia, este não é o aspecto relevante para a decisão do pedido formulado nesta demanda. Importante, para este processo, é o fato de o e. STF ter adentrado à análise do próprio instituto de responsabilidade tributária. Como indicam os votos dos e. Mins. GILMAR MENDES, DIAS TOFFOLI e AYRES BRITTO, o thema decidendum poderia ter se limitado ao vício formal da lei ordinária, que dispôs sobre matéria sob reserva de lei complementar (art. 146, III, da Constituição Federal de 1988(CF/88)), mas prefigurou a inconstitucionalidade material da norma.

Sobre a responsabilidade, tem-se, no voto da e. Min. relatora, uma nítida tendência a extrair os limites dados à responsabilidade do sócio:

'(...)Não é por outra razão que se destaca repetidamente que o responsável não pode ser qualquer pessoa, exigindo-se que guarde relação com o fato gerador ou com o contribuinte, ou seja, que tenha a possibilidade de influir para o bom pagamento do tributo ou de prestar ao fisco informações quanto ao surgimento da obrigação.

Efetivamente, o terceiro só pode ser chamado a responder na hipótese de descumprimento de deveres de colaboração para com o Fisco, deveres estes seus, próprios, e que tenham repercutido na ocorrência do fato gerador, no descumprimento da obrigação pelo contribuinte ou em óbice à fiscalização pela Administração Tributária.(...)

Contudo, se a verificação de que a responsabilidade decorre do descumprimento de um dever de colaboração, implícito na sua regra matriz, de um lado, aproxima-a da estrutura das normas penais, não significa, de outro, que tenha a mesma natureza. Isso, aliás, decididamente não tem. Basta ver que a responsabilidade surgida para o terceiro pela infração ao seu dever formal não subsiste ao cumprimento da obrigação pelo contribuinte. **O intuito do legislador não é punir o responsável, mas fazê-lo garante do crédito tributário.(...) O responsável, pois, quando é chamado ao pagamento do tributo, assim o faz na condição de garante da Fazenda por ter contribuído para o inadimplemento do contribuinte.'**(grifo meu)

Mais adiante, isso foi esclarecido:

'O pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade, no art. 135, III, do CTN, é a prática de atos, por quem esteja na gestão ou representação da sociedade, com

*excesso de poder ou a infração à lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado, **se não o surgimento, ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias.***

A contrario sensu, extrai-se o dever formal implícito, cujo descumprimento implica a responsabilidade, qual seja, o dever de, na direção, gerência ou representação das pessoas jurídicas de direito privado, agir com zelo, cumprindo a lei e atuando sem extrapolação dos poderes legais e contratuais de gestão, de modo a não cometer ilícitos que acarretem o inadimplemento de obrigações tributárias'.

Esse último trecho é sobremodo relevante. Entendeu a e. Corte imprescindível que se demonstre um liame causal entre o não-recolhimento do tributo e o ato do responsável. Esse ato pode consistir, como se viu no texto, de práticas que escamoteiem o dever de colaboração(ex., deixar de entregar DCTF, entregá-la incompleta, escrituração fiscal fraudada, obstaculizar acesso da fiscalização), ou, que se comprove que o sócio tenha contribuído para o inadimplemento da obrigação. Até aqui, não há novidades de monta.

A inovação do e. STF deu-se em transcender o direito tributário, e a valorizar a liberdade de iniciativa, ao destacar a distinção patrimonial entre empresa e sócios como elemento essencial ao próprio instituto da responsabilidade tributária:

'(...)impor confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física no bojo de sociedade em que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada compromete um dos fundamentos do Direito de Empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, o que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica.

(...)Submeter o patrimônio pessoal do sócio de sociedade limitada à satisfação dos débitos da sociedade para com a Seguridade Social, independentemente de exercer ou não a gerência e de cometer ou não qualquer infração, inibiria demasiadamente a iniciativa privada, descaracterizando tal espécie societária e afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição, de modo que o art. 13 da Lei 8.620/93 também se ressentir de vício material'. (grifo meu)

Daí as razões para que a e. Min. relatora considerasse também a existência de vício material de inconstitucionalidade da norma.

E, para o presente processo, mesmo que se possa discutir os limites dos apud dicta, é totalmente legítimo inferir que a e. Suprema Corte traçou um parâmetro da responsabilidade tributária: esta não pode inviabilizar a livre iniciativa. Mais, a e. Corte afirmou como predominante o estímulo ao empreendedorismo, mais que a garantia das verbas tributárias. Isso porque, consoante velha tradição, foi reafirmado que inadimplemento de tributos não configura violação à lei para fins de responsabilidade. Ou seja, se o empresário se vir acossado pelos maus resultados, a escolha de pagar a outros agentes econômicos que permitam continuar a atividade - empregados e fornecedores, p. ex. - em preferência ao Fisco, é legal e legítima.

Não existe, e nunca poderá haver, norma legal impondo o sucesso à atividade empresarial. Logo, deve ser entendido como natural, por ser parte do processo econômico, o esgotamento dos recursos e patrimônio das empresas. De modo que, se a empresa não tiver patrimônio suficiente para quitar as dívidas fiscais, nada resta ao Fisco senão arcar com o prejuízo - tal como está previsto no art. 40 da Lei nº 6.830/1980.

Logo, a simples constatação de que a empresa não detém patrimônio não é fato a ensejar a responsabilidade do sócio para fins do art. 135, III, do Código Tributário Nacional(CTN).

Por essa razão, pouco importa se a empresa continua como 'em atividade' nos cadastros mantidos pelas fazendas nacional e estadual. Afinal, dessa tão valorizada 'prova', apenas se deduz que a empresa está ativa, mas sem patrimônio. Aliás, a experiência demonstra que boa parte dessas empresas não são encerradas porque se condiciona o registro do distrato social ao pagamento dos tributos em aberto - o que é, no mínimo, de constitucionalidade discutível.

*O que enseja a responsabilidade do sócio, quando se constata a ausência de patrimônio da firma, é a prova de dolo(=má-fé) na alienação desse patrimônio. Em outras palavras, o exequente deve demonstrar que o sócio gerente defez-se, ou tentou alienar, o patrimônio da empresa em detrimento do pagamento das dívidas tributárias. Cabe ao exequente, então, demonstrar tergiversação, fraude, etc., cuja prova pode ser trabalhosa, mas nada tem de **impossível**. O que não se admite é a pura e simples inversão da prova, porquanto implica presumir má-fé, o que viola o princípio do devido processo legal.*

No caso dos autos, apenas se constatou que o processo de falência da empresa executada já foi encerrado, sem que houvesse possibilidade de pagamento dos débitos em cobrança, mas nada se indica quanto à participação dos sócios indicados na obliteração deste.

Saliento que, ao contrário do que argumentado pela exequente, não restou caracterizada a ocorrência de crime falimentar, hábil a amparar a pretensão, conforme documentos juntados pela exequente nas fls. 107/2011, eis que decretada a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva em relação à falência da executada (fl. 297).

*Portanto, **indefiro** o pedido de redirecionamento da execução.'*

Em suas razões, a agravante sustenta, em síntese, que restou evidenciada a prática de crime falimentar, qual seja, a inexistência de livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa, conforme capitulado no art. 186, VI, da Lei 7.661/45. Refere, ainda, a ocorrência da abertura de inquérito judicial e que a extinção da punibilidade se deu pela prescrição da pretensão punitiva.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

VOTO

Em linha de princípio, havendo indícios de crimes falimentares, caracterizado está que os sócios infringiram a lei e o próprio estatuto da pessoa jurídica, estando implicados, em tese, na prática de crime falimentar, o que

justifica o redirecionamento da execução. Nesta senda, segue a jurisprudência da Corte:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. INDÍCIO DE CRIME FALIMENTAR. CAUSA JUSTIFICADORA.

1. A responsabilidade do sócio administrador pelos débitos fiscais da empresa é excepcional. A regra geral, mesmo no âmbito do direito tributário, é a de que não se confundem a sua esfera jurídica com a da sociedade, salvo nos casos de infração à lei, ao contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN), e em relação aos fatos geradores ocorridos na época em que esteve à frente da administração.

2. A falência constitui hipótese de dissolução regular da pessoa jurídica, não ensejando, salvo crime falimentar, a responsabilização do sócio pelas dívidas fiscais.

3. Todavia, a notícia de formação de inquérito judicial para apuração de crime falimentar em andamento, caracteriza indício de que os sócios infringiram a lei e o próprio estatuto da pessoa jurídica, estando implicados, em tese, na prática de crime falimentar, o que justifica o direcionamento da execução.

4. Inverte-se o ônus da prova, que passa a recair sobre os sócios administradores, quanto à eventual inocorrência de violação à lei ou estatutos. (TRF 4ª Região, agravo de Instrumento nº 2008.04.00.000652-9/RS, Primeira Turma, Relator: Juiz ROGER RAUPP RIOS, D.E. em 20/02/2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO-OCORRÊNCIA. REDIRECIONAMENTO. INDÍCIOS DE CRIME FALIMENTAR. POSSIBILIDADE.

1. O mero transcurso do tempo, em sede de execução fiscal, não é suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente, sendo imprescindível a paralisação do processo por culpa da parte exequente, o que não ocorreu no presente feito.

2. Em se tratando a executada de massa falida, com penhora no rosto dos autos, resta o feito executivo, por consequência, sobrestado, aguardando a apuração do ativo no feito falimentar. Não, assim, falar em transcurso do prazo prescricional neste ínterim.

3. A informação do síndico da massa falida no sentido de ter apresentado relatório, apontando possíveis crimes falimentares praticados pelos falidos, é indício de que o sócio gerente tenha agido com excesso de mandato ou infringido a lei, o contrato social ou o estatuto, autorizando o redirecionamento do executivo fiscal. (2ª Turma, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007814-65.2010.404.0000, Otávio Pamplona, Publicado em 24/06/2010)

Na hipótese em tela, segundo relatado pelo Síndico da Massa Falida (PROCJUDIC4 - fls. 185/190), restou *'caracterizado o crime falimentar capitulado no art. 186, inciso VI, da Lei 7.661/45 ('inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa.')*. Ocasão em que este requereu a determinação de inquérito judicial, conforme dispõe a Lei de Falências.

Assim, as informações constantes do relatório caracterizam, efetivamente, indício da ocorrência de causa suficiente para que se autorize a integração dos sócios ao polo passivo da execução, na condição de administradores da empresa, sem prejuízo da demonstração, via embargos à execução, mediante dilação probatória, da ocorrência ou não da responsabilização ora verificada.

Destarte, considerando que há, *in casu*, indícios de infração à lei, nos termos do art. 135, III, do CTN, o redirecionamento aos sócios JORGE LUIZ MARCINIK, ELOISA DE FÁTIMA GRUBE MARCINIK e JOSMAR RICHTER (conforme Vigésima Primeira Alteração Contratual/PROCJUDIC3 - fls. 114) é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto por **dar provimento ao agravo de instrumento**, nos termos da fundamentação.

Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona
Relator