STJ se contradiz em relação à responsabilização de sócios e diretores

Prescreve o artigo 135, do Código Tributário Nacional, que:

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(…) III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O referido dispositivo deixa claro que, para que haja a responsabilização pessoal das pessoas indicadas pelo inciso III (diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado), esta somente pode ocorrer se as pessoas agirem com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Tais comprovações devem ser feitas pelo fisco, com a instauração do processo administrativo para apurar o ilícito e lavrar o seu respectivo auto de infração, dando, desde a instância administrativa, a oportunidade ao contraditório e ampla defesa, e quando do eventual ajuizamento da execução fiscal, o nome dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado devem ser incluídos na certidão de dívida ativa.

Entretanto, para isso, é necessário a comprovação do cometimento de alguma das hipóteses elencadas pelo art. 135, do CTN.

Nesse ínterim, é preciso levar em consideração que cabe exclusivamente ao fisco demonstrar a apuração das infrações supostamente cometidas pelos diretores, gerentes ou representantes das empresas, uma vez que trata-se de prova constitutiva, onde verificar-se-á a ocorrência do ilícito tributário.

As hipóteses trazidas pelo artigo em comento, são taxativas, o que assegura afirmar que, por exemplo, o inadimplemento do tributo não gera, necessariamente, a responsabilização dos diretores ou gerentes, por não ser esta uma das possibilidades legais.

Hugo de Brito Machado, em *Curso de Direito Tributário*, leciona que "não se pode admitir que o não pagamento do tributo configure a infração de lei capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levaria a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção. O não cumprimento de uma obrigação qualquer, e não apenas de uma obrigação tributária, provocaria a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado inadimplente. Mas tal conclusão é evidentemente insustentável. O que a lei estabelece como regra, isto é, a limitação da responsabilidade dos diretores ou administradores dessas pessoas jurídicas, não pode ser anulado por esse desmedido elastério dado à exceção".**[1]**

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. Embargos de divergência. Responsabilidade do sócio-gerente. Inadimplemento. 1. A ausência de recolhimento do tributo não gera, necessariamente, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, sem que tenha prova de que agiu com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa. 2. Embargos de divergência rejeitados.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(STJ, 1ª S., EREsp 374139/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU 28/02/2005).

Tributário. Execução fiscal. Pedido de redirecionamento. Ausência das condições do art. 135, III, do CTN. 1. O princípio da solidariedade, definido no art. 13 da Lei 8.620/93, só pode ser aplicado em combinação com os ditames do art. 135, III, do CTN, pelo que o sócio de responsabilidade limitada só será chamado ao pólo passivo da execução fiscal se houver prova de que atuou na gerência ou na administração da empresa no período em que não ocorreu o recolhimento do tributo. Ausente no caso em apreço. 2. Recurso especial não provido. (STJ, 1ª T., REsp 639005/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ ac. Min. José Delgado, DJU 06/02/2006).

Pois bem. Dito isto, cabe ainda ressaltar que não cabe aos diretores, gerentes ou representantes das empresas comprovarem que não agiram com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, uma vez que, conforme precedentes do STJ, não cabe à parte produzir prova sobre fato negativo, como a inexistência destas condutas ilícitas.

O fato de o nome do diretor, gerente ou representante da empresa, estar presente na certidão de dívida ativa de forma automática — quando da propositura do executivo fiscal a Fazenda lançar uma dessas pessoas como executado — não pressupõe que estes tenham agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, uma vez que não se pode conferir ao título executivo a "presunção de certeza", acreditando que efetivamente concretizou-se uma das ilegalidades do supramencionado artigo, sem que haja uma efetiva comprovação dos fatos pelo fisco/exequente.

Confira o posicionamento adotado pelo STJ sobre a impossibilidade de produção de prova negativa:

Processual civil. Execução fiscal. Ônus da prova. Fato negativo. Ausência de notificação do devedor no procedimento administrativo embasador da extração dos títulos executivos. Nulidade. Presunção de liquidez e certeza da CDA afastada. Ausência de intimação pessoal da fazenda.

1. A Certidão de Dívida Ativa é título que contém os requisitos da certeza e liquidez, conforme presunção estabelecida no art. 204 do CTN, mas admite prova em contrário, sendo afastada tal presunção se comprovado que o processo fiscal que lhe deu origem padece de algum vício.

2. Na espécie, o vício verificou-se anteriormente à própria inscrição, porquanto não realizada a notificação do lançamento, ato de importância fundamental na configuração da obrigação tributária. A sua ausência contaminou, por inteiro, o surgimento do crédito

tributário executado.

3. A tese do exeqüente de que competiria ao contribuinte o ônus de comprovar as suas alegações não merece êxito por tratar-se de prova de fato negativo, não devendo ser exigido do contribuinte que demonstre em juízo que não foi devidamente notificado para se defender no processo administrativo, que se encontra em poder do exeqüente. No caso, caberia à Fazenda diligenciar e provar a efetiva notificação do contribuinte para se defender.

4. O aresto recorrido entendeu não procedente a argüição de nulidade invocada pela ausência de intimação pessoal do representante da Fazenda considerando diversas particularidades ocorridas no trâmite do processo. A Fazenda, atendendo a comunicação veiculada no diário oficial, compareceu

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

inúmeras vezes nos autos, inclusive para dispensar a produção de provas e requerer o julgamento antecipado da lide, sem haver suscitado a nulidade.

5. Agravo regimental não-provido. (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 1022208/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJU 21/11/2008). (g.n.)

É evidente que se entendermos que cabe ao executado — diretores, gerentes ou representantes das empresas — demonstrar na execução fiscal que não agiu com alguma das hipóteses de sua responsabilização, tratar-se-á de produção de prova sobre fato negativo, o que é rechaçado pelo Poder Judiciário.

Portanto, para que os diretores, gerentes ou representantes das empresas sejam responsabilizados pela infração tributária, com a consequente inclusão de seus nomes na certidão de dívida ativa, sofrendo com as coerções estatais, como a penhora de seus bens, é necessário (entenda-se, obrigatório) a presença de vários requisitos.

São eles: a comprovação, por parte do fisco, de que as pessoas elencadas no inciso III do artigo 135 do CTN tenham agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos; que estas pessoas fizeram parte da empresa quando da ocorrência do fato gerador; e que elas tenham sido notificadas quando da instauração do processo administrativo — lavratura do auto de infração —, dando efetividade ao contraditório e ampla defesa já no âmbito administrativo.

Ocorre que, lamentavelmente, a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento realizado em sede de recurso repetitivo — que impede que recursos que tramitam nas 1ª e 2ª instâncias que tratem desta matéria sejam admitidos na corte — confirmou a tese de que se o nome do sócio ou do administrador da empresa estiver na certidão de dívida ativa, caberá a ele, e não ao fisco, provar que não incorreu nas situações previstas no CTN (art. 135), conferindo à CDA a "presunção de certeza".[2]

Tal decisão é contraditória entre os julgados da mesma corte, conforme depreende-se dos arrestos acima mencionados.

Ora, se o STJ entende que os sujeitos indicados no inciso III do artigo 135 do CTN não admite que à parte seja imputado o ônus de produzir prova sobre fato negativo, conforme decisão proferida em 21 de novembro de 2008 no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento 1.022.208/GO, como então afirmar que "se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos'"?

Observe que o raciocínio dentro da própria corte é totalmente antagônico, ora afirmando que não é possível produzir prova negativa, como é o caso de demonstrar-se que não houve excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, ora aduzindo que com a inclusão do nome do sócio na certidão de dívida ativa, cabe a este demonstrar que não cometeu as infrações mencionadas.

Diante da divergência existente dentro do STJ, o que dá azo à Fazenda Pública cada vez mais cometer

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

práticas ilegais e abusivas em desfavor do contribuinte, cabe aos juristas buscar a reforma deste posicionamento, para garantir os direitos dos contribuintes, dando fiel cumprimento aos preceitos legais.

[1] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Pág. 153.

[2] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.104.900-ES. Rel. Min. Denise Arruda

Date Created
08/08/2009

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.