

## Opinião Legal

Consulta-nos **José** sobre a possibilidade de ser responsabilizado pelos débitos contraídos pela pessoa jurídica **Ltda**. Para alcançarmos as respostas, discorreremos sobre as possibilidades de o **Consulente** vir a fazer parte do polo passivo dos processos de execução fiscal ajuizados contra a **Ltda**, como também avaliaremos as chances de, em caso de alienação, por venda ou doação, dos seus bens, ser caracterizada eventual fraude contra credores ou fraude à execução, além de enfrentarmos questões relacionadas com o instituto do bem de família, para, ao final, apresentarmos um apanhado das conclusões e um resumo das nossas recomendações.

Ressaltamos que o nosso trabalho se valeu dos posicionamentos jurisprudenciais dominantes, sobretudo em âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de modo que as conclusões edificadas foram elaboradas em ambiente de considerável segurança e confiabilidade, mas não temos como garantir que os fatos e consequências se desenvolverão exatamente da maneira como expusemos, na medida em que as nossas ilações, fruto da nossa concepção do direito, que não é uma ciência exata, não conseguem vislumbrar todas as variáveis que o destino pode criar.

Embora o entendimento demonstrado no presente trabalho sirva de análise quanto às demais empresas do Grupo, o estudo se concentrou especificamente nas questões relacionadas com a sociedade empresária LTDA.

## **1 - Quadro societário**

O **Consulente** ingressou no quadro societário da mencionada empresa por meio da Décima Terceira Alteração Contratual, datada de 07 de janeiro de 2010, levada a registro em 05 de fevereiro de 2010. Não tivemos acesso ao instrumento de alteração contratual por intermédio do qual o **Consulente** se retirou da sociedade, mas segundo a alteração contratual datada de 14 de abril de 2012, levada a registro em 19 de abril de 2012, naquele momento, o **Consulente** já não era mais sócio da LTDA, que tinha como sócias somente as pessoas jurídicas EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 00.000.001/0001-89 e LLC, sociedade constituída sob as leis dos Estados Unidos da América, com inscrição no CNPJ sob o nº 00.000.002/0001-89, sendo que a administração passou a ser exercida por JOÃO.

Salientamos que a LTDA se encontra em pleno funcionamento.

## **2 – Avaliação de responsabilidades**

Como anunciado no preâmbulo deste trabalho, a preocupação do **Consulente** reside no risco de assunção de responsabilidade que envolva o seu patrimônio para pagamento das dívidas de titularidade da pessoa jurídica LTDA. Existem também receios quanto à responsabilidade a ser apurada em eventual processo criminal.

### **2.1 – Identificação de contingências passivas**

Em desfavor da LTDA, foram lavrados 3 Autos de Infração e Imposição de Multa - AIIM, por intermédio dos quais o Fisco Estadual exige valores relativos ao ICMS, aos juros e a multas. São eles (i) o AIIM nº X, no valor de R\$ 37.974.945,06, que abarcou os períodos compreendidos entre janeiro de 2007 e dezembro de 2008, (ii) o AIIM nº Y, no valor de R\$ 36.021.413-14, que abarcou os períodos compreendidos entre março de 2008 e setembro de 2009 e (iii) o AIIM nº Z, no valor de R\$ 8.268.423,48, que abarcou os períodos compreendidos entre 31 de janeiro de 2006 e 31 de dezembro de 2007.

Quanto aos dois primeiros, foram esgotadas todas as possibilidades de defesa pela empresa em âmbito administrativo, com parcial sucesso evidenciado pelo cancelamento de parte dos autos de infração em decorrência do reconhecimento da imunidade no que tange a uma parcela dos itens comercializados pela LTDA, sendo que o último aguarda julgamento pelo Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Os débitos lançados mediante o AIIM nº X foram inscritos em dívida ativa, ensejando a emissão da Certidão de Dívida Ativa – CDA nº 0.000.000.000, no valor atualizado de R\$ 28.390.499,80, e o ajuizamento de ação de execução fiscal, cujo processo foi distribuído à Vara de Execuções Fiscais Estaduais da Comarca de São Paulo sob o nº 000000-00.2014.8.26.0000, encontrando-se pendente de citação.

## **2.2 – Desconsideração da Personalidade Jurídica**

A Constituição Federal Brasileira contemplou como princípio, dentre outros, o estímulo à livre iniciativa econômica. Por sua vez, a legislação infraconstitucional assumiu o papel de definir as normas jurídicas que servem de norte ao desenvolvimento da atividade empresarial.

Assim, o Código Civil estipulou as regras a respeito dos diversos tipos de sociedades, em especial quanto às sociedades limitadas, objeto de análise a partir de então, dada a sua pertinência com o formato da sociedade da qual participou o **Consulente** como sócio.

As sociedades em geral, em verdade, representam uma ficção jurídica – *uma vez que não têm existência real (fisiológica)*, criada com a finalidade de conferir autonomia à entidade, de modo a permitir que o desempenho e sucesso do seu objeto social não se confundam com os propósitos dos sócios que as compõem e vice-versa.

Com efeito, as sociedades limitadas têm por característica, como o próprio nome sugere, a limitação da responsabilidade dos sócios à parcela do capital social que lhes compete, nos termos do art. 1.052 do Código Civil<sup>1</sup>.

Por isso é que, em princípio, os sócios respondem até que o capital que subscreveram seja integralizado. Cumprida a obrigação de integralizar, em regra, as dívidas surgidas devem ser satisfeitas pela própria pessoa jurídica, que é dotada de personalidade jurídica, isto é, é titular de direitos e obrigações distintas das atribuídas aos seus sócios. Tudo isso para que as pessoas se sintam estimuladas a desafiar o risco do desenvolvimento da atividade empresarial.

No entanto, existem exceções a essa regra. Exemplo disso está no art. 50 do Código Civil<sup>2</sup>, que trata da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Segundo essa teoria, deixa de fazer sentido a autonomia, que preserva o estímulo à atividade empresarial e o patrimônio do sócio, quando este, abusando da confiança legal em si depositada, se utiliza da pessoa jurídica como disfarce para o enriquecimento ilícito, ficando autorizada a desconsideração, quando comprovado o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

O sócio, sobretudo aquele exerce a gerência da empresa, que extrapola os poderes que lhe foram conferidos pelo contrato social, deve responder pelas dívidas decorrentes da sua ação, mesmo porque tal conduta depõe contra os interesses da própria sociedade. Isto é, se agiu contrariamente aos interesses da sociedade, a responsabilidade é sua.

---

<sup>1</sup> Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

<sup>2</sup> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No mesmo sentido, se o sócio conduz os negócios sociais servindo-se dos bens e recursos da empresa como se fossem seus, com isso frustrando o bom desempenho da atividade empresarial, bem como a expectativa de recebimento dos credores da pessoa jurídica, o quotista deve ter responsabilidade.

Em resumo, para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, é necessária a comprovação de que o sócio agiu segundo as condições previstas pelo art. 50 do Código Civil.

### **2.2.1 – Desconsideração da Personalidade Jurídica em matéria tributária**

Como dissemos, para o direito privado, em se tratando de sociedades limitadas, os sócios, uma vez integralizado todo o capital subscrito, não respondem pelas dívidas da sociedade, até porque a pessoa jurídica é dotada de personalidade jurídica própria, independente da personalidade dos sócios que a compõem. Há exceções a esta regra, é certo. É o caso da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

O Código Tributário Nacional expressamente contemplou a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, permitindo que o patrimônio particular dos sócios venha a responder pelas dívidas tributárias a cargo da empresa sempre que os sócios gerentes ajam com infração à lei ou contrato social, vale dizer, dolosa e fraudulentamente, ou que a empresa tenha encerrado as suas atividades de forma irregular. Trata deste tipo de responsabilidade o art. 135 do Código Tributário Nacional<sup>3</sup>, que prevê a responsabilização, sem levar em consideração o montante do capital que cada sócio subscreveu e integralizou.

---

<sup>3</sup> Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Em leitura ao artigo mencionado, podemos notar que o legislador limita essa responsabilidade tributária apenas para as pessoas que, ocupando cargo de direção, gerência ou representação, visam a dar à pessoa jurídica fins ilícitos ou contrários ao pré-estabelecido no seu objeto social. A gerência da empresa é condição para a responsabilização tributária, exigência esta que, por lógica, não se faz presente em relação aos sócios não-gerentes, sobretudo porque a responsabilidade pela prática da infração é intransferível.

Aqui já se tem a primeira constatação a ser edificada: somente os sócios que exercem gerência podem ser responsabilizados, o que significa dizer que os sócios meramente quotistas não têm responsabilidade pelos débitos tributários da empresa.

Resta então a questão de saber o que deve ser entendido como infração à lei, capaz de resultar em responsabilização para os sócios gerentes.

Entende-se como infração à lei a conduta dolosa, ou seja, intencional e fraudulenta de que decorre o não pagamento do tributo ou o encerramento das atividades da empresa sem que os gestores tenham reservado bens para a garantia dos tributos, sendo certo que o mero inadimplemento da obrigação de pagar o tributo não caracteriza esse tipo de infração. Essa é a posição consolidada da jurisprudência. Vejamos:

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** (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

(REsp 1101728/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009) (Os grifos são nossos)

Sendo assim, cabe ao Fisco provar que o sócio gerente, intencionalmente, agiu com fraude de modo a frustrar a quitação da dívida tributária ou que aconteceu o encerramento irregular das atividades.

Para facilitar a compreensão, é conveniente separar a figura da infração à lei em duas situações: (i) a infração caracterizada pela fraude intencional e (ii) o encerramento irregular das atividades.

No primeiro caso, o Fisco deve provar e imputar ao sócio a responsabilidade tributária decorrente de infração à lei caracterizada pela fraude no próprio processo administrativo em que realiza o lançamento (*auto de infração*) em desfavor da pessoa jurídica. E é assim para que o sócio da pessoa jurídica tenha a oportunidade de se defender. Esgotadas todas as instâncias de defesa em âmbito administrativo, o débito acaba sendo inscrito em dívida ativa, a partir do que é emitida a Certidão de Dívida Ativa - CDA, constando o nome da pessoa jurídica e do sócio sobre o qual pesa a acusação.

Em nossa opinião, se o sócio não participou do processo administrativo em que realizado o lançamento e, por conta disso, não teve a oportunidade de exercer o seu direito de defesa, o seu nome não pode ser repentinamente inserido na CDA. No entanto, não raras vezes, o Fisco faz constar na CDA o nome do sócio sem que ele tenha participado do processo administrativo. Nesses casos, infelizmente a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que, uma vez constando o nome do sócio na CDA, o ônus de provar que não cometeu a infração cabe a ele. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL.

POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de 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".

[...]

(REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009) (Os grifos são nossos)

E se o sócio não participou do processo administrativo e o seu nome não foi inserido na CDA, é possível que o Fisco, no curso do processo judicial de execução, pretenda fazer prova da infração fundada na fraude e requerer a inclusão do sócio no polo passivo? Particularmente, entendemos que não. Todavia, não encontramos na jurisprudência decisões categóricas sobre essa situação, mas localizamos alguns julgados que, pautados na ideia de que cabe ao Fisco provar que o sócio cometeu a infração à lei, sinalizam que o Fisco poderia fazer essa prova a qualquer momento, justificando o redirecionamento da execução em face do sócio.

Nessa perspectiva, é de suma relevância analisar o fato gerador do tributo, pois, por intermédio deste, é possível fixar o momento em que se materializa a obrigação, e, por consequência, identificar quem será o responsável pelo adimplemento da prestação consistente na entrega do valor correspondente aos cofres públicos.

Para que o patrimônio do sócio seja atingido pela imputação de responsabilidade tributária, é necessária a comprovação de que este exercia a gerência à época do fato jurídico tributário. É o que entende o Superior Tribunal de Justiça:



TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO SÓCIO-GERENTE – ART. 135 DO CTN.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento acerca da responsabilidade subjetiva do sócio-gerente em relação aos débitos da sociedade. De acordo com o artigo 135 do CTN, a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. **O sócio deve responder pelos débitos fiscais do período em que exerceu a administração da sociedade apenas se ficar provado que agiu com dolo ou fraude** e exista prova de que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde cumprir o débito fiscal. O mero inadimplemento tributário não enseja o redirecionamento da execução fiscal.

Embargos de divergência providos.

(EAg 494887/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 05/05/2008) (Os grifos são nossos)

No que tange à modalidade de infração à lei representada pelo encerramento irregular das atividades da empresa sem que seja preservado patrimônio capaz de quitar as dívidas, o que tem prevalecido é o entendimento de que o sócio que responde é aquele que promoveu o encerramento irregular e não o sócio que exercia a gerência ao tempo da ocorrência do fato gerador. É dizer, o sócio não responde pelas dívidas da sociedade se dela se afastou regularmente, tendo a sociedade continuado regularmente suas atividades. Para conferir:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS.

**O redirecionamento da execução fiscal** contra os sócios da empresa executada, motivado pela dissolução irregular da sociedade, **justifica-se apenas em relação àqueles que nela permaneceram até o seu encerramento**. Precedentes.

Recurso especial provido.

(REsp 1429281/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014) (Os grifos são nossos)

Nesse particular, é muito importante que a empresa continue em funcionamento e que, na ocorrência de qualquer modificação de endereço, a alteração seja comunicada ao Fisco, em todas as suas esferas. É que, nos termos da Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça, a mudança de endereço sem comunicação aos órgãos competentes gera a presunção de que a empresa encerrou as suas atividades irregularmente:

Súmula n. 435/STJ: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

A partir das considerações até aqui delineadas, em síntese, é possível concluir:

- (i) Somente os sócios gerentes podem ser responsabilizados;
- (ii) O mero inadimplemento não gera responsabilização para o sócio gerente, sendo necessário o cometimento de infração à lei;
- (iii) A infração à lei é interpretada como sendo a conduta fraudulenta e intencional do sócio de que resulta o não pagamento dos tributos ou o encerramento irregular das atividades;
- (iv) Cabe ao fisco provar que houve infração à lei;
- (v) No caso de infração à lei decorrente de fraude, a acusação ao sócio deve ser apresentada no bojo do processo administrativo em que foi realizado o lançamento, permitindo-se o exercício do direito de defesa e contraditório pelo sócio, inclusive para justificar e legitimar a indicação do seu nome na CDA;

(vi) Se o nome consta na CDA, mesmo que o sócio não tenha participado do processo administrativo, o que para nós caracteriza uma irregularidade, segundo o STJ, o ônus de provar que não houve infração cabe ao sócio;

(vii) Mesmo que o sócio não tenha participado do processo administrativo e que o seu nome não esteja inserido na CDA, em tese, é possível que o Fisco tente fazer a prova da infração à lei caracterizada pela fraude durante o trâmite do processo judicial de execução fiscal, sendo certo que será responsável o sócio que exercia a gerência na época do acontecimento do fato gerador;

(viii) Quando a infração à lei for representada pelo encerramento irregular das atividades, responderá pelos tributos o sócio que deu ensejo à paralisação das atividades, sendo muito importante que a empresa mantenha sempre atualizado o seu endereço cadastral, para evitar a presunção de encerramento de atividades.

Estabelecidas as premissas, é chegada a hora de analisar a situação concreta do **Consulente**, com base em tais conclusões.

Apesar de a fiscalização considerar que as operações são irregulares sob o ponto de vista fiscal, queremos crer que o relatório do auto de infração não evidencia o cometimento de fraude, mormente porque dá azo ao questionamento quanto à extensão da imunidade sobre livros, jornais e periódicos, benefício de índole constitucional, contemplado no art. 150, IV, “d”, da Constituição Federal de 1988, além de abrir campo para a discussão do que é caracterizado como livro, segundo exaustivamente debatido no contencioso administrativo. Por isso, não há de se falar em infração à lei caracterizada pela fraude.

E ainda que se pretendesse fazê-lo, o **Consulente**, que ingressou na sociedade em janeiro de 2010, não era sócio, tampouco gerente da LTDA, à época dos fatos geradores (de janeiro de 2006 a setembro de 2009), pelo que não pode responder com o seu patrimônio pelas dívidas da empresa. Pela mesma razão, não há responsabilização criminal.

O risco estaria no fato de o Fisco alegar que sempre existiu um grupo econômico envolvendo as pessoas jurídicas LTDA, S/A e SPE, na tentativa de demonstrar que, de fato, o **Consulente**, por exercer uma função diretiva no GRUPO, pelo fato de ter sido sócio (*foi sócio gerente da S/A*), na época dos fatos geradores que foram objeto dos AIIM, de pessoa jurídica que compõe o Grupo, era também, na época dos fatos geradores, verdadeiro administrador da LTDA, tornando-se, por essa razão, responsável tributário. Devemos reconhecer, todavia, que essa é uma situação (*função diretiva exercida pelo **Consulente** no GRUPO*) que deve ser provada pelo Fisco, que terá pela frente uma tarefa difícil.

Por outro lado, destacamos que, no AIIM nº Z, consta o endereço na Rua Haddock Lobo, onde também funcionam ou funcionaram as outras empresas do Grupo, o que pode ser reforçado pelas coincidências de endereços, consoante demonstrado logo a seguir e pelas informações constantes na página da internet do GRUPO (<http://www.grupo.com.br>), em que fica evidenciada a relação entre as empresas LTDA, S/A e SPE:

[...]

Existem outras páginas na internet que veiculam o mesmo conteúdo.

Uma medida aconselhável é, de vez por todas, eliminar todo e qualquer elemento que permita estabelecer correlação entre as empresas, inclusive mediante a retirada de informações da internet e a separação dos seus escritórios com o objetivo de tornar mais distante a possibilidade de caracterização de grupo econômico.

Por outro prisma, se a tentativa de inclusão do **Consulente** no polo passivo da execução decorrer da alegação de encerramento irregular das atividades, em princípio, a responsabilidade também não poderá ser atribuída ao **Consulente**, na medida em que a sua retirada da sociedade se deu de maneira regular, a menos que sejam invocados indícios de que, embora não conste oficialmente nos quadros societários, o **Consulente** ainda exerce a gerência de fato, cujo ônus de provar compete ao Fisco. Aqui as ressalvas quanto à caracterização do grupo econômico também são perfeitamente aplicáveis.

Sem embargo, merece destaque a constatação de que, no AIIM nº X, o endereço da **LTDA** coincide com a **Rua A, no Município de Cotia**, sendo que, no AIIM nº Y, o endereço está na **Rua B, no Município de Osasco**, ao passo que, no AIIM nº Z, a sede está localizada na **Rua Haddock Lobo, no Município de São Paulo**, enquanto, nos termos do instrumento de alteração contratual registrado em 19 de abril de 2012, o endereço foi transferido para a **Rua C, no Município de São Paulo**. Na petição inicial da execução fiscal, consta o endereço da Rua Haddock Lobo, o que nos permite concluir que, em eventual diligência, a empresa poderá não ser encontrada.

Por isso, para evitar a presunção de que houve o encerramento das atividades, é importante atualizar o endereço perante os cadastros da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e ter atenção quanto à tentativa de localização no endereço indicado na petição inicial, para que seja possível informar a tempo qual é a localização da empresa.

Ademais, merece atenção o fato de o **Consulente** ser sócio da LLC., sociedade que tem participação na própria LTDA, e na EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, esta que também é sócia da LTDA, e de ser sócio da INT, sociedade constituída sob as leis dos Estados Unidos da América, inscrita no CNPJ sob o nº 00.000.000/0001-23, e que, do mesmo modo, é sócia da EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES.

De maneira que, em sendo caracterizado o encerramento das atividades, é possível, em tese, que o Fisco pleiteie também a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades LLC., EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e INT, para que os sócios (pessoas físicas) dessas *holdings*, inclusive o **Consulente**, sejam incluídos no polo passivo, sob o argumento de que, indiretamente, foram eles que teriam promovido o encerramento irregular.

Em termos práticos, para obter a informação a respeito de quem são os sócios das *holdings* LLC. e INT, entre outras coisas, o Fisco poderia requerer a intimação do próprio administrador JOÃO para prestar esclarecimentos, sem prejuízo da possibilidade de requererem o envio de ofício a órgãos oficiais, inclusive norte-americanos.

Particularmente, imaginamos que os Procuradores do Estado ou mesmo o oficial de justiça não irão se atinar para essas circunstâncias, o que, de certo modo, tranquiliza, mesmo porque nada disso consta nos autos até então, mas somos forçados a apontar tais possibilidades.

Por fim, admitindo-se a hipótese de, por um motivo ou outro, o **Consulente** ser incluído no polo passivo da execução, os seus bens, com exceção daqueles reconhecidos como bem de família, consoante será explorado em tópico específico deste trabalho, poderão ser penhorados.

Segundo relatos do **Consulente**, além das quotas das sociedades mencionadas anteriormente, o seu patrimônio é composto pelo (i) imóvel matriculado sob o nº **98** perante o 1º Oficial de Registro Imóveis da Comarca de São Paulo, (ii) pelas quotas da sociedade XYZ PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA e (iii) por aplicações financeiras de renda fixa.

O imóvel, por ser bem de família, é impenhorável, o mesmo não ocorrendo com os demais bens. Sendo assim, as aplicações financeiras seriam penhoráveis e as quotas da XYZ também. Especialmente no caso da XYZ, é possível que o Fisco requeira a chamada Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica, para que o patrimônio daquela sociedade responda por débitos do seu sócio.

Uma alternativa para contornar o problema e minimizar os riscos quanto aos dois ativos consiste em subscrever o aumento de capital na XYZ com integralização mediante tais aplicações financeiras e, na sequência, fazer a doação das quotas aos herdeiros com reserva de usufruto e com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Assim, o patrimônio deixará de ser do **Consulente**, mas este poderá continuar gerindo os bens, inclusive as aplicações financeiras. Nesse cenário, restaria somente a análise da questão sob a ótica da fraude contra credores e da fraude à execução. É disso que trata o próximo tópico.

### **3 – Fraude contra credores e fraude à execução**

Nas situações em que o sujeito que contraiu obrigações deixa de cumpri-las, mesmo tendo sido oficialmente provocado a fazê-lo, resta ao credor se valer do patrimônio do devedor para o pagamento da dívida, seja diretamente, por meio da chamada adjudicação, ou indiretamente, mediante leilão ou hasta pública. Daí a regra de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas.

Bem por isso, o devedor que tenha contra si débitos formalizados não pode alienar a qualquer título (venda, doação, doação em pagamento, etc) o seu patrimônio sem reservar bens suficientes para garantir as suas dívidas, sob pena de incorrer em fraude. Dois tipos de fraude distintos podem ser verificados, a fraude contra credores e a fraude à execução.

Na primeira modalidade, ocorre a fraude quando a dívida já existe, mas ainda não há execução. Identificando que o devedor se desfez do patrimônio, cabe ao credor ajuizar uma ação (*Ação Pauliana*) com o objetivo de “cancelar” a alienação, no prazo de 4 anos contados da data da operação. Com sinceridade e abrindo um parêntesis, nunca presenciamos uma ação dessa natureza proposta pelo Fisco.

No caso da fraude à execução, a figura é verificada quando o devedor almeja transferir algum bem de sua propriedade num momento em que já existe contra si um processo de execução. Em sendo constatada a situação, basta que o próprio juiz da execução, sem maiores formalidades, declare sem efeito o ato de alienação, é claro, desde que não existam outros bens para garantir a dívida.

Especialmente no âmbito tributário, o art. 185 do Código Tributário Nacional<sup>4</sup> prevê a existência de fraude à execução quando o débito já se encontra inscrito em dívida ativa. Por outras palavras, se o débito já foi inscrito em dívida ativa em desfavor de uma pessoa, esta pessoa, que passa a ser qualificada como devedora, não pode alienar bens de seu

---

<sup>4</sup> Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

patrimônio, sob pena de caracterização da fraude à execução, mesmo que a ação de execução fiscal ainda não tenha sido ajuizada.

Fincadas as balizas, cumpre-nos averiguar se eventual alienação de algum bem do **Consulente** pode caracterizar fraude contra credores ou fraude à execução.

Salvo melhor juízo, a situação atual do **Consulente** não está sujeita à caracterização das duas figuras, por consideramos que não existem débitos constituídos em seu desfavor, da mesma maneira em que não há inscrição em dívida ativa contemplando o seu nome, tampouco processo de execução contra si.

Tratando especificamente da ação de execução já ajuizada em face da pessoa jurídica de que foi sócio (Processo nº 0000000-00.2014.8.26.0000, em trâmite perante a Vara das Execuções Fiscais Estaduais da Comarca de São Paulo), se ocorrer a tentativa de redirecionamento da execução em face do **Consulente**, mesmo assim, consideramos que não terá havido fraude à execução. É que, tendo em vista que o nome do **Consulente** não está inserido na CDA, somente após o deferimento do pedido de redirecionamento contra o sócio ou, na pior das hipóteses, somente após a apresentação pela Fazenda Pública do pedido de redirecionamento, é que seria possível falar em fraude à execução, justamente porque até esse momento não terá havido nenhum processo de execução contra o **Consulente**, muito menos débito inscrito em dívida ativa. Esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. EXTENSÃO AOS BENS DO CODEVEDOR NÃO INCLUÍDO NA CDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A presunção de Fraude à Execução Fiscal, na disciplina do art. 185 do CTN, com redação da Lei Complementar 118/2005, diz respeito à alienação de bens do sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública.
2. Não basta a condição de devedor, é preciso que haja inscrição em dívida ativa.



3. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base na prova dos autos, afastou a existência de fraude diante das seguintes circunstâncias: **a) inscrição em dívida ativa da União: 30.6.1999; b) data da alienação do bem do sócio (e não da pessoa jurídica devedora): 10.10.2009; c) redirecionamento da Execução Fiscal: 22.8.2011, com citação válida efetuada em 6.10.2011.**

4. É irrelevante perquirir se a decisão que autoriza a inclusão do sócio no polo passivo é declaratória ou constitutiva da sua responsabilidade. **Se a alienação dos seus bens ocorreu antes da inclusão de seu nome na CDA, não há lugar para aplicação do disposto no art. 185 do CTN.**

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1409654/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 06/12/2013) (Os grifos são nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO POR SÓCIO ATINGIDO POR REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO.

NEGÓCIO REALIZADO ANTES DO REDIRECIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRIÇÃO DO BEM À ÉPOCA DO NEGÓCIO. BOA-FÉ OBJETIVA. SÚMULA N.375/STJ.

1. O acórdão recorrido julgou a lide em consonância com o entendimento desta Corte Superior no sentido de que não constitui fraude à execução a alienação de bem pertencente a sócio da empresa devedora antes de ter sido redirecionada a execução. **Isso porque o sócio somente será considerado como devedor do Fisco, para fins de aplicação do art. 185 do CTN, quando for deferida a sua inclusão no pólo passivo da execução.** Nesse sentido: REsp 833.306/RS, REsp 302.762/MG, EREsp 1.103.65/SP, REsp 302.762/MG.

2. Com amparo do princípio da boa-fé objetiva, é válida a alienação do veículo feita a terceiro antes do redirecionamento da execução ao sócio alienante, sobretudo porque à época do negócio jurídico sequer havia constrição sobre o bem. Incidência da Súmula n. 375/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1186376/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010) (Os grifos são nossos)

Portanto, concluímos que, diante dos fatos, eventual alienação não será fraudulenta.

Essas conclusões são válidas quanto à hipótese de doação das quotas da XYZ, segundo mencionado no tópico precedente, assim como em relação ao imóvel matriculado sob o nº **11** perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que foi de propriedade do **Consulente**, tendo sido transferido como forma de conferência de capital para a sociedade XYZ PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., da qual é sócio, e posteriormente alienado a terceiros, como também em relação ao imóvel de propriedade do **Consulente** matriculado sob o nº **98** perante o 1º Oficial de Registro Imóveis da Comarca de São Paulo.

Quanto ao primeiro imóvel, é recomendável que a transferência da propriedade, se é que ela ainda não ocorreu, seja providenciada o quanto antes, já que quem não registra não é dono.

No que tange ao segundo imóvel mencionado, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é farta no sentido de afastar o reconhecimento de fraude à execução quando o bem alienado é impenhorável. O raciocínio é o de que, se o bem for mantido no patrimônio do devedor, ele não poderá ser penhorado, de maneira que a alienação não trará prejuízo para o credor. *Verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE DESERÇÃO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROTEÇÃO À MORADIA CONFERIDA PELA CF E PELA LEI 8.009/90. ALIENAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. NÃO-OCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. REVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO QUE IMPLICARIA, NECESSARIAMENTE, O REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. Em se tratando de único bem de família, o imóvel familiar é revestido de impenhorabilidade absoluta, consoante a Lei 8.009/1990, tendo em vista a proteção à moradia conferida pela CF; **segundo a jurisprudência**

**desta Corte, não há fraude à execução na alienação de bem impenhorável, tendo em vista que o bem de família jamais será expropriado para satisfazer a execução, não tendo o exequente qualquer interesse jurídico em ter a venda considerada ineficaz.**

Incidência da Súmula 83 desta Corte.[...]

(AgRg no AREsp 255.799/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 27/09/2013)

Portanto, se não houver alterações no quadro fático, imaginamos que qualquer pessoa interessada em adquirir um bem do **Consulente** poderá tomar a sua decisão com considerável conforto.

Poderíamos defender, adicionalmente, que eventual comprador estaria ainda mais resguardado pelo fato de ser adquirente de boa-fé<sup>5</sup>. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça alterou o seu entendimento quanto à matéria recentemente, passando a considerar irrelevante o fato de o adquirente ser ou não de boa-fé:

[...] A caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução.

[...]

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

Nada obstante, como cautela adicional, recomendamos que sejam adotadas medidas para que o comprador seja identificado como adquirente de boa-fé. Para tanto, sugerimos que sejam entregues ao comprador, para a sua guarda, ao tempo da aquisição, a certidão atualizada da matrícula do imóvel a ser comprado, e todas as certidões em nome do **Consulente** (*vinculadas ao seu CPF*), expedidas pela Procuradoria da Fazenda Nacional em conjunto com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e pela Secretaria Municipal de São Paulo, além das emitidas pela Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e também pelo Tribunal Regional do Trabalho e pelos Cartórios de Protesto da Comarca de São Paulo.

---

<sup>5</sup> Aquele que não sabia da existência da ação, seja por não constar no cartório imobiliário algum registro ou por que o credor, por outros meios, não provou que dela o adquirente já tinha ciência.

## 4 – Bem de família

O direito brasileiro, como forma de assegurar o mínimo vital aos cidadãos, em homenagem ao princípio da dignidade humana, um dos pilares da Constituição Federal de 1988, salvou da penhora os bens de família, assim considerados aqueles necessários à existência digna da família, dentre os quais os imóveis residenciais.

Nesse contexto, duas modalidades de bem de família se forjaram. A primeira diz respeito aos bens de família convencionais, conforme previsto pelos arts. 1.711 e seguintes do Código Civil, segundo os quais o proprietário pode averbar à margem da matrícula a condição de bem de família, desde que o imóvel não ultrapasse 1/3 do seu patrimônio líquido. A segunda guarda relação com os bens de família legais, em conformidade com a Lei nº 8.009/90 (*Lei de Bem de Família*).

Em se tratando do bem de família legal (*conforme a Lei de Bem de Família*), para que assim seja considerado, é necessário que o proprietário não possua outros imóveis, pois, nesse caso, a proteção alcançará o imóvel de menor valor, a menos que o imóvel mais valioso tenha sido registrado para esse fim nos moldes do Código Civil.

Numa ou noutra sistemática, o bem de família não pode ser penhorado.

Sabendo disso, o **Consulente** indaga sobre os riscos que administrará caso venda o imóvel matriculado sob o nº **98** perante o 1º Oficial de Registro Imóveis da Comarca de São Paulo, registrado como bem de família, acaso venha ser incluído no polo passivo da execução fiscal.

Se o imóvel for vendido e o produto da venda não for empregado na aquisição de outro imóvel residencial ou mesmo se for utilizado para a aquisição de um terreno para posterior construção, enquanto a moradia não estiver pronta, o **Consulente** estará descoberto quanto à proteção do bem de família, ao menos quanto ao dinheiro que será usado para a construção, haja vista que o terreno, se comprovada a intenção de

utilização futura na moradia da família, poderá se encontrar sob o manto do benefício, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] O fato de se tratar de terreno não edificado é circunstância que, por si só, não obsta sua qualificação como bem de família, na medida em que tal qualificação pressupõe a análise, caso a caso, da finalidade realmente atribuída ao imóvel (interpretação teleológica das impenhorabilidades). [...] REsp 1417629/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013).

Diante desse cenário, é preferível encontrar um outro imóvel residencial para comprar, uma vez, no período de construção, teoricamente, é possível que o **Consulente** seja incluído no polo passivo e que seja tentada a penhora dos seus bens, sobretudo do dinheiro, que não estará protegido pelo instituto do bem de família.

Como alternativa, é possível pensar em integralizar o capital da XYZ por meio do dinheiro obtido com a venda do imóvel, para adquirir o terreno e realizar a construção em nome daquela *holding*, mas essa estratégia, queremos crer, tornaria sem efeito o benefício do bem de família, o que não nos parece interessante.

Trabalhando com a hipótese de o **Consulente** já ter adquirido um novo imóvel ou mesmo ter construído o novo imóvel residencial, não é aconselhável a doação do imóvel para os filhos, uma vez que, acaso eventual execução já tenha sido direcionada em face do **Consulente**, é possível que se entenda que a operação implica em fraude à execução, a ponto de esvaziar a proteção em torno do bem de família, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS. DOAÇÃO DE IMÓVEL EM FRAUDE DE EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO. ART. ANALISADO: 1º, LEI 8.009/90. [...]

2. Discute-se se a doação realizada ao menor impúbere, do único imóvel onde reside a família, dias depois de intimados os devedores para pagar quantia certa, em cumprimento de sentença, configura fraude de execução e afasta a natureza impenhorável do bem transferido.
3. A exegese sistemática da Lei nº 8.009/90 evidencia nítida preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros.
4. Sob essa ótica, é preciso considerar que, em regra, o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside com a família, está, ao mesmo tempo, dispondo daquela proteção legal, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência.
5. Na espécie, as circunstâncias em que realizada a doação do imóvel estão a revelar que os devedores, a todo custo, tentam ocultar o bem e proteger o seu patrimônio, sacrificando o direito do credor, assim, portanto, obrando, não apenas em fraude de execução, mas também - e sobretudo - com fraude aos dispositivos da própria Lei 8.009/90.
6. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, reconhecer a fraude de execução e afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90.
7. Recurso especial conhecido e desprovido.  
(REsp 1364509/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014)

## **5 – Conclusões concretas a respeito das questões apresentadas pelo *Consulente***

Ante as considerações expostas, é possível concluir:

- (i) O relatório da fiscalização não evidencia fraude, o que dificulta a possibilidade de responsabilização do **Consulente** por débitos da LTDA.

(ii) Ainda que houvesse alegação de fraude, como o **Consulente** ingressou na sociedade somente em janeiro de 2010 e os fatos geradores são anteriores a esse período, o **Consulente** não pode ser responsabilizado no âmbito tributário e criminal.

(iii) Existe o risco de ser alegado que o **Consulente**, por ter sido sócio gerente da S/A, empresa com a qual haveria grupo econômico, em verdade, era administrador da LTDA, atraindo para si a responsabilidade.

(iv) Se a inclusão for requerida com fundamento no encerramento irregular, o **Consulente** não será responsável, porque se retirou da sociedade regularmente, sendo atribuída a responsabilidade ao último sócio.

(v) A alegação de existência de grupo econômico também pode ensejar a conclusão de que o **Consulente** ainda é administrador de fato da LTDA, circunstância que pode ser reforçada pela constatação de que ele é sócio das holdings que participam da LTDA, sendo, por essa razão, um dos responsáveis pelo encerramento irregular.

(vi) Se o **Consulente** for incluído no polo passivo, será possível, em tese, a penhora do dinheiro e das suas quotas na XYZ.

(vii) Será possível, em tese, a desconsideração inversa da XYZ, para que o seu patrimônio responda pelo débito de responsabilidade do seu sócio.

(viii) Na venda ou doação dos bens do **Consulente**, diante do panorama atual, não haverá fraude contra credores nem fraude à execução porque não há nenhum débito constituído, nem inscrito em dívida ativa, tampouco objeto de execução fiscal em seu desfavor, além do que, com relação ao imóvel onde reside, por se tratar de bem de família.

(ix) Se o imóvel for vendido e o produto da venda não for empregado na aquisição de outro imóvel residencial ou mesmo se for utilizado para a aquisição de um terreno para posterior construção, enquanto a moradia não estiver pronta, o **Consulente** estará descoberto quanto à proteção do bem de família, ao menos quanto ao dinheiro que será usado para a construção.

## **6 – Resumo dos aconselhamentos de medidas para minimizar riscos**

À vista das conclusões, são pertinentes as seguintes recomendações:

(i) É aconselhável, de vez por todas, eliminar todo e qualquer elemento que permita estabelecer correlação entre as empresas, inclusive mediante a retirada de informações da internet e a separação dos seus escritórios com o objetivo de tornar mais distante a possibilidade de caracterização de grupo econômico.

(ii) Para evitar a presunção de que houve o encerramento das atividades, é importante atualizar o endereço perante os cadastros da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e ter atenção quanto à tentativa de localização no endereço indicado na petição inicial, para que seja possível informar a tempo qual é a localização da empresa.

(iii) Uma alternativa para minimizar os riscos de penhora quanto aos ativos consiste em subscrever o aumento de capital na XYZ com integralização mediante as aplicações financeiras e, na sequência, fazer a doação das quotas aos herdeiros com reserva de usufruto e com cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Assim, o patrimônio deixará de ser do **Consulente**, mas este poderá continuar gerindo os bens, inclusive as aplicações financeiras.

(iv) Quanto ao imóvel da matrícula nº 11 do 1º Cartório, é recomendável que a transferência da propriedade, se é que ela ainda não ocorreu, seja providenciada o quanto antes, já que quem não registra não é dono.



(v) Em caso de venda do outro imóvel (matrícula nº 98 do 1º Cartório), como cautela adicional, recomendamos que sejam adotadas medidas para que o comprador seja identificado como adquirente de boa-fé, pelo que sugerimos que sejam entregues ao comprador, para a sua guarda, ao tempo da aquisição, a certidão atualizada da matrícula do imóvel a ser comprado, e todas as certidões em nome do **Consulente** (*vinculadas ao seu CPF*), expedidas pela Procuradoria da Fazenda Nacional em conjunto com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e pela Secretaria Municipal de São Paulo, além das emitidas pela Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e também pelo Tribunal Regional do Trabalho e pelos Cartórios de Protesto da Comarca de São Paulo.

(vi) É preferível encontrar um outro imóvel residencial para comprar, uma vez, no período de construção, teoricamente, é possível que o **Consulente** seja incluído no polo passivo e que seja tentada a penhora dos seus bens, sobretudo do dinheiro, que não estará protegido pelo instituto do bem de família.

(vii) Trabalhando com a hipótese de o **Consulente** já ter adquirido um novo imóvel ou mesmo ter construído o novo imóvel residencial, não é aconselhável a doação do imóvel para os filhos, uma vez que, acaso eventual execução já tenha sido direcionada em face do **Consulente**, é possível que se entenda que a operação implica em fraude à execução, a ponto de esvaziar a proteção em torno do bem de família.

É a opinião que nos parece certa.

Marília, 15 de agosto de 2014.

**Alexandre Alves Vieira**  
**OAB/SP 147.382**