



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e seus Reflexos nas Execuções Fiscais

LÍVIA VITAL DE OLIVEIRA PARAGÓ

Rio de Janeiro
2016

LÍVIA VITAL DE OLIVEIRA PARAGÓ

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e seus Reflexos nas Execuções Fiscais

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2016

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS REFLEXOS NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Lívia Vital de Oliveira Paragó

Graduada pela Universidade de Direito Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, inovou com a instituição do procedimento denominado incidente de desconsideração da personalidade jurídica, por ser tratar de incidente processual, com regras pré-estabelecidas, permite que a parte não seja surpreendida por decisão judicial precipitada, uma vez que antes de decidir pelo pedido de desconsideração da personalidade jurídica o juízo mandará citar o sócio ou a pessoa jurídica para se manifestar sobre o pedido. Tendo em vista que o procedimento privilegia princípios e garantias fundamentais como devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o que se pretende no presente artigo científico é a reflexão acerca da possibilidade de sua aplicação no procedimento especial tratado pela Lei n. 6.830/80, que trata das execuções fiscais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro deve ser integralizado com o propósito de atender aos comandos legais de forma harmoniosa.

Palavras-chave: Direito Tributário. Garantia aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no procedimento estabelecido pela Lei n. 6.830/80. Análise do alcance da súmula vinculante n. 28.

Sumário: Introdução. 1. Parâmetro entre a responsabilidade tributária prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional e a desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil. 2. A amplitude do incidente da desconsideração da personalidade jurídica com a finalidade de que sejam garantidos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em todos os ramos do direito. 3. A relevância da súmula vinculante n. 28 e seus efeitos no procedimento previsto na Lei n. 6.830/80. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica, advindo com a Lei 13105/2015 (novo CPC), ser aplicado no procedimento previsto na Lei n. 6.830/80, que trata da execução fiscal.

Os embargos à execução é o único meio de defesa previsto na LEF, em que pese a doutrina e jurisprudência admitir a exceção de pré-executividade, tal defesa se restringe às matérias cognoscíveis de ofício que não demandem dilação probatória, assim nos casos em que os sócios/administradores das pessoas jurídicas são incluídos no pólo passivo da execução fiscal o único meio de defesa previsto em lei determina a garantia do juízo, o que inevitavelmente impossibilita o acesso ao judiciário.

Deve-se ressaltar que a inclusão das pessoas físicas (administradores) ocorre sem que os mesmos tenham tido a oportunidade de se defender administrativamente, diferentemente da pessoa jurídica que antes de ajuizada a execução fiscal é notificada em processo administrativo para exercer o seu direito de defesa.

Com as alterações advindas com o novo Código de Processo Civil se privilegia o respeito aos direitos e garantias fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, garantidos constitucionalmente, vários artigos corroboram para a efetivação dos princípios mencionados, como por exemplo, o artigo 10 que estabelece que o juiz não pode decidir, a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, além do objeto do presente artigo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 *usque* 137, procedimento inédito até então no ordenamento jurídico brasileiro, que se abarcado pelo procedimento previsto na LEF irá amenizar a celeuma imposta pelo art.16 §1º do referido diploma legal.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente artigo com a distinção entre a responsabilidade tributária e a desconsideração da personalidade jurídica o que necessariamente cumpre esclarecer quem pode ser considerado responsável tributário e quem pode responder nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, que apesar de serem institutos independentes e

pontuais, podem estar intimamente relacionadas, e principalmente nos casos em que o magistrado fundamenta sua decisão com sucedâneo no art. 50 do CC *mister* a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida procura-se demonstrar como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica possibilitará efetivamente a aplicação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa de forma plena, devendo ser aplicado nos executivos fiscais, pois deve haver compatibilidade da lei especial com os outros ordenamentos jurídicos, sendo perfeitamente possível sua aplicação uma vez que a LEF no seu art. 1º estabelece aplicação subsidiária do CPC. Ademais, os direitos fundamentais devem vincular a legislação e a jurisdição de forma imediatamente vigente.

O terceiro capítulo exalta a importância da jurisprudência no que se refere a exigência da garantia do juízo para se manifestar, com destaque ao julgamento da ADI 1074/DF, que se reconheceu, no controle concentrado com efeitos vinculante e *erga omnes*, a inconstitucionalidade do art.19 da Lei 8.870/94, e posteriormente no ementário n.º 2392-1, Proposta de Súmula Vinculante - PSV 37/DF, em que o Ministro Joaquim Barbosa de forma expressa ressaltou sobre a possibilidade da incidência da referida PSV sobre a Lei de Execução Fiscal.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa e qualitativa.

1. PARÂMETRO ENTRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Primeiramente cumpre distinguir os conceitos de desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária, que possibilita a inclusão dos sócios-administradores na Certidão de Dívida Ativa - CDA como corresponsáveis ou seu redirecionamento das execuções fiscais.

A personalização das pessoas jurídicas visa o reconhecimento da sua autonomia patrimonial e jurídica de forma independente em relação ao patrimônio individual de seus instituidores. Portanto, as pessoas jurídicas respondem com o seu patrimônio pelas suas dívidas e obrigações.¹

A desconsideração da personalidade jurídica tem sua origem no direito anglo-saxão, tendo sido desenvolvida com a colaboração dos tribunais ingleses e norte americanos, com o objetivo de evitar abusos decorrentes da autonomia da pessoa jurídica, foi a denominada *disregard of legal entity* que serviria como mecanismo para *lifting the corporate veil*, que significa levantar o véu corporativo, ou seja, possibilitar a responsabilidade da pessoa jurídica sobre o patrimônio do sócio.

Sendo que no direito brasileiro atualmente referido instituto está previsto no artigo 50 do Código Civil, entretanto, no Código Civil de 1916² não havia referência a esse. A primeira legislação a tratar do assunto foi a Lei 4.591/64, mais especificamente em seu artigo 66, parágrafo único, o qual permite que se alcance o responsável pelo empreendimento, imputando-lhe a responsabilidade por danos advindos dos contratos relativos às incorporações imobiliárias. Logo após, o Código Tributário Nacional tratou da responsabilização pessoal daqueles que

¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. 8 ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²BRASIL. Lei n.3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

agissem com excesso de poderes ou infração à lei, nos termos do artigo 135 do referido diploma legal.

Ainda antes do disposto no atual Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor - CDC no seu art. 28, expressamente positivou o instituto, permitindo ao juízo desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social., ampliando ainda a desconsideração nos casos em que há falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

Com o advento do Código Civil de 2002³ a desconsideração da personalidade jurídica foi tratada no artigo 50 e informa que no caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial pode-se atribuir responsabilidade patrimonial aos sócios ou administradores para responderem com o seu patrimônio pessoal por uma obrigação constituída originariamente pela pessoa jurídica. Deve-se ressaltar que não basta o mero inadimplemento da pessoa jurídica, deve-se comprovar que houve abuso, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, sob pena de subverter o instituto.

O artigo 50 do Código Civil⁴ informa que o requerimento da parte ou do Ministério Público possibilita o juízo aplicar a desconsideração, entretanto, tal medida, não deve ser de forma irrestrita, que inviabilize o devido processo legal, desrespeitando princípios fundamentais como o contraditório e a ampla defesa.

Note-se que, conforme acima mencionado, anteriormente a previsão da desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil⁵, o Código Tributário Nacional,

³BRASIL. Código Civil. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

⁴Ibidem.

⁵Ibidem.

em seu artigo 135, inciso III trata da responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de débito tributário que resulte de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos dos quais tinham a administração.

O conceito de responsabilidade tributária está previsto no artigo 128 do CTN e informa que a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, que não se confunde com a figura do contribuinte que é aquele que tem relação pessoal e direta com fato gerador, assim, o responsável seria o sujeito passivo indireto da obrigação tributária.⁶

Assim, tanto nos casos de responsabilidade tributária como nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, terceiros inicialmente não responsáveis por determinada obrigação passam a responder pela mesma, e tal situação ocorre comumente nos processos de execução fiscal, em que os magistrados fundamentam suas decisões em ambos dispositivos legais, ou seja, com fulcro no artigo 135, inciso III do CTN, bem como com sucedâneo no artigo 50 do CC.

Especificamente acerca do rito contido na Lei de Execuções Fiscais - LEF em que se busca a cobrança dos créditos da Fazenda Nacional, e apresenta uma série de privilégios para que o Fisco tenha maiores condições de satisfazer o seu crédito, dentre tais privilégios está a possibilidade de constituição unilateral da CDA, título executivo que irá lastrear a execução fiscal, que goza de presunção relativa de liquidez e certeza, como também a imposição prevista no art.16, §1º da LEF que determina, para apresentação dos embargos à execução, a necessária a garantia do juízo.

Sendo os embargos à execução o único meio de defesa legalmente previsto, e que impõem a garantia do juízo como requisito de admissibilidade, seja com base no artigo 50 do CC ou no

⁶MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 158-160.

artigo 135, inciso III do CTN , quando terceiro é incluído no pólo passivo da execução fiscal para poder se defender é imposta condição muitas vezes impossível de ser cumprida, tendo em vista a impossibilidade de garantir o juízo, o que fere o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Em que pese ser aceita jurisprudencialmente a exceção de pré-executividade como meio de defesa prévia, seu conteúdo é restrito às matérias que não necessitem de dilação probatória, sendo tal defesa frequentemente rejeitada.

Outros meios para que se tenha acesso ao judiciário e que se possa exercer seu direito de defesa já foram utilizados pelos contribuintes, tais como o pedido de gratuidade de justiça, os embargos de terceiro, a aplicação da súmula vinculante n. 28, todavia, ao se tratar do procedimento de execução fiscal todos os meios já mencionados restaram infrutíferos.

Portanto, o novo procedimento previsto na Lei 13.105/2015⁷, novo CPC, o denominado incidente de descon sideração da personalidade jurídica, tratado nos artigos 133 ao 137 do hodierno diploma legal , possibilitará o respeito ao devido processo legal, oportunizando o contraditório e a ampla defesa antes do juízo decidir pela inclusão dos administradores no pólo passivo da execução fiscal.

Motivo pelo qual, essencial que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica possa ser aplicado no âmbito das execuções fiscais, proporcionando a compatibilização das normas previstas no CPC⁸ e na LEF⁹, já que a própria LEF¹⁰ em seu artigo 1º prevê a aplicação subsidiária do CPC, ademais, incontestemente que a LEF não pode afastar seja direta ou indiretamente os princípios e garantias constitucionais já mencionados.

⁷BRASIL, Código de Processo Civil. 22.ed. São Paulo: Rideel, 2016.

⁸ Ibidem

⁹ BRASIL, Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016

¹⁰ Ibidem

2. A AMPLITUDE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM A FINALIDADE DE QUE SEJAM GARANTIDOS OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM TODOS OS RAMOS DO DIREITO.

A instituição de novo procedimento, via incidente processual, a ser realizado previamente à desconsideração da personalidade jurídica trata-se de avanço não somente no campo processual mas verdadeira adequação à garantias constitucionais, em especial aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Notório que o novo código de processo civil objetiva acima de tudo fazer prevalecer as normas constitucionais, e o disposto nos artigos 133 *usque* 137 do referido diplomaé apenas mais uma demonstração do que acaba de ser mencionado. Desta forma, primordial se analisar as raízes que possibilitaram a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Neste diapasão, destaco o lecionado por quem ativamente participou acerca do o projeto do novo CPC, Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior, motivo pelo qual, seleciono as lições de quem tem propriedade sobre o tema¹¹:

Sendo o Processo instrumento apto à realização concreta dos direitos, sobretudo, daqueles ditos fundamentais, compreende-se que o mesmo leva consigo toda a carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.

Cumprе mencionar que não há no direito tributário um código de processo tributário, sendo aplicado o CTN¹², que pela disposição do art. 135 estabelece o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que há atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei,

¹¹GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: Reflexões e Perspectivas*. Del Rey. 2014, p. 57-58.

¹²BRASIL. Código Tributário Nacional. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

contrato social ou estatuto e, subsidiariamente o código de processo civil, comando inclusive disposto no artigo 1º da LEF¹³.

Sendo responsabilizado o sócio gerente tanto pelo disposto no art. 50 do CC¹⁴ como pelo 135 do CTN¹⁵, indubitável que tratam-se de regras aplicadas em caráter excepcional, devendo ser executadas tão somente após comprovados os atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, ou caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial e, para tanto, indispensável se garantir os princípios basilares que compõem o devido processo legal, os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

A inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa presente nas execuções fiscais é contrária a toda dinâmica implementada com o novo CPC¹⁶ à luz da CRFB¹⁷, não há como ignorar a necessidade do diálogo das fontes, este entendido como método de aplicação conjunta e coerente das leis inseridas no ordenamento jurídico de forma a promover um sistema jurídico eficiente e justo.

Reitera-se que os meios de defesa em execuções fiscais são os embargos à execução, que nos termos do art. 16, §1º da LEF¹⁸ exige a garantia do juízo para ser admitido e a exceção de pré-executividade que somente é apreciada quando se tratar de matérias de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, o que impossibilita a defesa nos casos de redirecionamento, posto que, na maioria dos casos o débito atribuído à pessoa jurídica dificilmente é suportado pela pessoa física a impedindo de se defender via embargos à execução.

¹³BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁴BRASIL. Código Civil. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁵BRASIL. Código Tributário Nacional. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁶BRASIL. Código de Processo Civil. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

¹⁸BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

Portanto, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seria meio adequado e eficaz para corrigir esse anacronismo presente nas execuções fiscais, entretanto, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, houve entendimento no sentido de mitigar da eficácia do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo-se interpretação restritiva quanto ao instituto que prima atender à teoria do diálogo das fontes e em especial às normas da Carta Maior.

Neste sentido os enunciados do Fórum de Execuções Fiscais e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, conforme a seguir:

Enunciado 6 do Forexec – Fórum de Execuções Fiscais¹⁹:

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.

Enunciado 53 do Enfam²⁰ - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados:

O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.

Em que pese os prematuros enunciados acima destacados, imperioso salientar que os direitos e garantias fundamentais vinculam a legislação e a jurisdição de forma imediatamente vigente, não havendo justificativa para o procedimento previsto nas execuções fiscais desrespeitar e ir de encontro não só à Constituição, mas em face de toda a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, em todos os ramos do direito se respeita o contraditório e a

¹⁹ Fórum de Execuções Fiscais. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

²⁰ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

ampla defesa, inclusive nas ações penais, em que em alguns casos estão protegidos os maiores bens jurídicos tutelados, como a vida e a liberdade, há, portanto, uma inversão de valores do que de fato pode se sobrepor para que se alcance a finalidade dos executivos fiscais.

Por fim, nunca é demais lembrar o pensamento há séculos do filósofo Immanuel Kant²¹:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim.

Portanto, o interesse do fisco em perquirir o crédito tributário não deve jamais se sobrepor aos princípios e garantias constitucionais, sob pena de considerar a norma constitucional como letra morta, uma vez que o ser humano deve ser considerado como o fim em si mesmo, e não servir como meio para a satisfação do fisco, ademais, a dignidade da pessoa humana não tem preço.

3. A RELEVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº28

A súmula vinculante está disposta de forma expressa na CRFB²², em seu artigo 103-A, incluído pela emenda constitucional nº45 de 08/12/2004, no qual se estabelece seu trâmite e aprovação.

Para que seja criada uma súmula vinculante é necessário que haja relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica na qual a súmula vinculante é traduzida como instrumento de uniformização da jurisprudência; reiteradas decisões sobre matéria constitucional

²¹KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

²²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

em que a referida súmula definirá a interpretação de determinada norma federal, estadual ou municipal, bem como seus limites de eficácia e validade, além de prevenir divergência entre órgãos judiciais e administrativos, tendo por escopo garantir a segurança jurídica, de forma a proporcionar que casos análogos recebem tratamento isonômico.

Em que pese a estrutura jurídica oficialmente adotada no ordenamento jurídico brasileiro seja a *civil Law*, sistema romano-germânico, em que as principais fontes do Direito vem da legislação, há influências do sistema *Common Law*, de origem anglo-saxônica, no qual os precedentes, bem como os costumes, são fontes do Direito, com a prevalência da produção jurisprudencial, e baseado na jurisprudência é elaborada a súmula vinculante.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1074/DF, reconheceu, no controle concentrado com efeitos vinculante e *erga omnes*, a inconstitucionalidade do art.19 da Lei 8.870/94²³, em decisão que restou assim ementada²⁴:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Nesta oportunidade, restou firmado o entendimento de que a exigência de prévio depósito como condição para propositura de medida judicial representa cerceamento de acesso ao Judiciário.

Ao decidir pela inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 8.870/94 que tratava da exigência de depósito prévio da se discutir débitos previdenciários a Suprema Corte concluiu que

²³ BRASIL. Lei n.9.870 DE 15 de abril de 1994.22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1074/DF. Relator: Eros Grau. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757684/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1074-df>> Acesso em: 16 mar. 2016.

referido dispositivo fere o princípio do acesso à justiça consubstanciado no art. 5º inciso XXXV da CRFB.

Neste contexto, vale mencionar os esclarecimentos de Oldemir Bilhalva Teixeira²⁵, in verbis:

Todo cidadão brasileiro tem o direito à tutela jurisdicional de qualidade. Esse direito à prestação jurisdicional decorre da transferência ao Estado da função de dizer o direito para o caso concreto. A jurisdição é uma função estatal inafastável, apresentando-se como incumbência atribuída ao Poder Judiciário que funciona como garantia de existência do próprio Estado Democrático de Direito. A esse poder do Estado de dizer o direito, corresponde o direito do cidadão de obter a prestação jurisdicional.

Significa dizer que o exercício da jurisdição deve estar direcionado à garantia do acesso à justiça e da prestação jurisdicional de qualidade, ou seja, um processo judicial só será efetivo (de qualidade) enquanto instrumento de concretização da tutela jurisdicional, se conseguir possibilitar a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil e de forma justa. Vê-se, portanto, que o fator “qualidade” da prestação jurisdicional traduzido como “tempo hábil e de forma justa”, é determinante para que o processo judicial exerça seu papel de instrumento de cidadania. Nesse contexto, a morosidade dos processos judiciais “fere de morte” o direito dos jurisdicionados de receber, do Estado, a tutela concreta e efetiva de seu direito. (...)

Em segundo lugar está a necessidade de se prestigiar o princípio isonômico - direito fundamental à igualdade perante a lei -, eliminando o perigo das decisões contraditórias, muitas delas que afrontam, inclusive, a declarações de inconstitucionalidade, em incompreensível contra-senso. Esse motivo, apontado como justificante da adoção da súmula vinculativa, se resume na imprescindibilidade de resguardar o princípio da segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões judiciais em causas idênticas. [...]

De forma diferente não pode ser a interpretação que se dá ao artigo 16, parágrafo primeiro da Lei de Execução Fiscal²⁶ em que se exige a garantia da execução para oferecimento da única defesa a ser apresentada pelo contribuinte prevista no referido diploma legal, verdadeira barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

Em consonância ao acima mencionado a Corte Maior no debate acerca da proposta da súmula vinculante nº 28, realizado pelo pleno do STF, em 03/02/2010 que, por unanimidade, decidiu que não pode haver a exigência de qualquer centavo de depósito com vistas a impedir a admissibilidade de ação que tenha por objeto a exigibilidade de crédito

²⁵TEIXEIRA, Oldemir Bilhalva. *Súmula Vinculante, Perigo ou Solução*. Campinas/SP: 2008. Russel, p.150-155.

²⁶BRASIL. Lei n.6.830, de 22 de setembro de 1980. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

tributário, destacou sobre a incidência da referida súmula em âmbito das execuções fiscais, conforme abaixo transcrito²⁷:

[...] O Senhor Ministro Ayres Brito – O particular que quer se eximir do depósito prévio não é ele que vai entrar com a ação que tenha por objeto a exigibilidade do crédito tributário.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Não importa quem vai entrar com a ação. Importa é que, se tiver para discutir exigência de crédito tributário, não se pode exigir para admissibilidade da ação nenhum depósito.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – É bom termos presente que isso terá incidência sobre a Lei de Execução Fiscal. Ela tem um dispositivo que estabelece a exigência de depósito, o valor do débito.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Agora, o entendimento que prevaleceu quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade foi este: o acesso ao judiciário para questionar exigibilidade de tributo não pode ficar sujeito a depósito.

A Senhora Ministra Carmen Lúcia – Porque, na verdade, a legislação tinha criado uma condição para ter acesso ao judiciário, que é vedado constitucionalmente. É isso que nós estamos querendo dizer. Repetir a Constituição: pode entrar em juízo e para tanto não se pode exigir depósito prévio. [...]

Por todo o exposto, a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial ou qualquer outro meio de defesa na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário contraria disposição da Súmula Vinculante nº 28 e fere princípios e garantias fundamentais como o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas. Portanto, não deve remanescer no ordenamento jurídico pátrio norma contrária que viola diretamente os direitos elencados.

CONCLUSÃO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica deveria ser medida excepcional, utilizada estritamente nos termos permitidos pela legislação, do mesmo modo o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios e administradores é medida gravosa que

²⁷BRASIL. STF. SÚMULAS VINCULANTES. Veja PSV 37 (DJe nº 40 de 05/03/2010), que aprovou a Súmula Vinculante 28. P.14-15 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf> Acesso em: 16 mar. 2016.

deveria ser imposta especificamente nos casos em que efetivamente restasse comprado que se agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou nos casos em que houve a dissolução irregular da empresa.

Entretanto, as decisões que desconsideram a personalidade jurídica, bem como as que redirecionam a execução fiscal muitas vezes ocorrem sem a devida cautela, de forma precipitada, sem que seja assegurada a possibilidade de manifestação antes de caracterizada a responsabilidade e suportado o ônus de uma execução.

Mesmo na vigência da Lei n.5.869/73 era possível embargar sem a garantia do juízo, com a legislação nova é oportunizado de forma louvável o prévio contraditório à decisão que desconsidera a personalidade jurídica, porém, ainda como resquício de um sistema ultrapassado, em descompasso com os princípios basilares da Carta Maior e das demais legislações pátria, a lei de execução fiscal impele ao executado depósito do débito fazendário para que ajuíze embargos à execução, única defesa permitida pela lei de execução fiscal.

Como a Lei de execução fiscal exprime aplicação subsidiária ao código de processo civil e não há impedimento quanto à aplicação do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o cumprimento do mencionado incidente possibilitaria a adequação do rito especial que trata dos executivos fiscais às normas e princípios hodiernamente respaldados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, deve ser garantido aos jurisdicionados o amplo acesso à justiça, assegurando o contraditório e a ampla defesa independente do procedimento processual adotado, já que se tratam de garantias constitucionais e devem ser respeitadas, a exigência da garantia do juízo para se defender nas execuções fiscais, sem sequer ter participado do processo administrativo que deu origem à execução fiscal é verdadeira barreira de acesso ao judiciário, a

admissibilidade do incidente de descon sideração da personalidade jurídica nos executivos fisca is viabilizará a compatibilização entre as normas jurídicas, a jurisprudência e a efetivação dos direitos constitucionalmente tutelados.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. 22 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. *Código de Processo Civil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L1060.htm> Acesso em: 11 set. 2015.

_____. Lei n.3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Lei n.6.830, de 22 de setembro de 1980.22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei n.9.870 de 15 de abril de 1994.22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. *Código Tributário Nacional*.22. ed. São Paulo: Rideel,2016.

_____. STF. ADI n. 1074/DF. Relator: Eros Grau. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757684/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1074-df>> Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. STF. SÚMULAS VINCULANTES. Veja PSV 37 (DJe nº 40 de 05/03/2010), que aprovou a Súmula Vinculante 28. P.14-15 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf> Acesso em: 16 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 2. 20. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. Tradução de SARLET, Ivo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª reimpressão da edição de julho/2003. São Paulo: Almedina, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 12. Ed. Salvador-Bahia: JusPodivm, 2010.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DOS MAGISTRADOS. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil Teoria Geral*. 8. ed. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

FERRAGUT, Maria Rita. *Novo CPC: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica tornando efetivo o direito dos grupos econômicos exercerem o contraditório*. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/6rd8/novo-cpc-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-tornando-efetivo-o-direito-dos-grupos-economicos-exercerem-o-contraditorio-maria-rita-ferragut.>> Acesso em: 10 set. 2015.

FÓRUM DE EXECUÇÕES FISCAIS. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC: Reflexões e Perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário*. 6. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Bahia: nº 17, 2008. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/revistas/12172906/sumula_vinc_guilherme_pena.pdf> Acesso em: 16 mar. 2016.

TEIXEIRA, Oldemir Bilhalva. *Súmula Vinculante*, perigo ou solução. Campinas/SP: Russel 2008.