AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.734 - SP (2018/0214972-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	MASSA FALIDA DE KEY CONFECCOES LTDA
AGRAVADO	:	WALTER DE CASTRO
AGRAVADO	:	SOLANGE TORRES DE CASTRO E SILVA
ADVOGADO	:	LUIZ EDUARDO FAIRBANKS E OUTRO(S) - RJ030687

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela FAZENDA NACIONAL, que objetiva a admissão de recurso especial, no qual alega violação do art. 135 do CTN e do art. 168-A do CPB, ao argumento de que a responsabilização do sócio cujo nome constava na CDA não decorria do redirecionamento da execução fiscal, mas da responsabilização solidária decorrente da prática de conduta tipificada como apropriação indébita previdenciária.

Contraminuta foi apresentada pela parte agravada.

Passo a decidir.

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

Considerado isso, importa mencionar que o recurso especial se origina de execução fiscal em que foi afastada a responsabilidade dos sócios WALTER DE CASTRO e SOLANGE TORRES DE CASTRO E SILVA, com a condenação da exequente nas verbas de sucumbência, extinguindo-se a execução fiscal posteriormente em face da conclusão do processo falimentar da sociedade empresarial executada.

Irresignada, a FAZENDA interpôs recurso de apelação, não provido pelo Tribunal *a quo*. Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fl. 835 e seguintes):

> No tocante à alegada legitimidade passiva dos sócios WALTER DE CASTRO e SOLANGE TORRES DE CASTRO E SILVA, há de se observar que o ajuizamento da execução fiscal remonta ao ano de 1993, a autorizar a ilação de que a inclusão dos referidos sócios não se mostra justificada de sorte a permitir o acolhimento da apelação nesse ponto.
> Deveras, com relação à solidariedade, o egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n° 562.276/PR, reconheceu a inconstitucionalidade material e formal do artigo 13 da Lei n° 8.620/1993, que estabelecia a responsabilidade solidária do titular da firma individual e dos sócios das sociedades por quotas de responsabilidade limitada por débitos relativos a contribuições previdenciárias. Posteriormente, o mencionado dispositivo foi revogado pela Lei n° 11.941/2009..
> Eis a ementa do precedente referido:

[...]
O reconhecimento da inconstitucionalidade não veio acompanhado de qualquer modulação de efeitos, razão pela qual se deve compreender que a invalidade da norma remonta ao momento de sua origem.
A corroborar esta assertiva, cito o seguinte precedente desta Corte Regional:
[...]
Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade material e formal do artigo 13 da Lei n° 8.620/1993, o Colendo Superior Tribunal de Justiça adequou seu entendimento a respeito da matéria, por intermédio do regime dos recursos repetitivos, para o fim de afastar a aplicação do citado preceptivo e, com isso, afastar a inclusão do nome dos sócios nas Certidões de Dívida Ativa.
Trago à colação ementa do julgado a que se fez referência:
[...]
Traçado o contexto normativo e jurisprudencial atinente à questão subjacente aos autos, conclui-se que a responsabilização de sócio de empresa executada por débito concernente a contribuições previdenciárias deve obedecer apenas à sistemática do artigo 135, inciso III, do CTN, é dizer, a solidariedade dos sócios diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas, fica submissa à constatação da prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.
O entendimento ora esposado também é manifestado por esta Corte Regional:
[...]
Acrescente-se ainda que, consoante entendimento jurisprudencial pacificado, apesar de ser encargo da empresa o recolhimento de tributos, o mero inadimplemento ou atraso no pagamento não caracteriza a responsabilidade tributária disposta no artigo 135, III, do CTN.
Em uma sociedade capitalista, o risco é inerente à própria atividade comercial, industrial ou empresarial. Portanto, o sócio não pode ser responsabilizado pelo insucesso da pessoa jurídica.
Neste sentido, a Súmula n° 430 do colendo Superior Tribunal de Justiça:
"O inadimplemenlo da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente".
Além disso, a falência configura modo regular de dissolução da sociedade, tal como consignado na petição de fls. 577/578, porquanto legalmente prevista.
Portanto, é correto afirmar que não houve o encerramento irregular da empresa executada, mas a cessação das atividades decorrente de ação falimentar, cuja quebra fora decretada em 24/05/1993 (fls. 587), ou seja, antes de proposta a execução fiscal em 30/08/1993, donde não há cogitar sob este aspecto em redirecionamento do feito ao sócio.
Assim, é o patrimônio da pessoa jurídica que responde pelas dívidas sociais. Somente excepcionalmente admite-se a responsabilização do dirigente, caso demonstrada a prática de ato ou fato contrário à lei, contrato social ou estatutos, uma vez que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio -gerente, nos termos do artigo 135, 111, do CTN. Daí porque é no juízo da falência que se comprova eventual gestão irregular ou fraudulenta do sócio, mesmo em se tratando da Fazenda Nacional, pois há créditos preferenciais aos seus.
[...]
Nessa senda, alega a exequente que "o DEBCAD 31.518.470-7 tem por origem contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados e não repassadas à Fazenda Nacional, o que constitui, em tese, crime (..) de apropriação indébita previdenciária, e são suficientes a embasar o redirecionamento do feito aos sócios administradores".

> Todavia, tal argumento não prescinde de demonstração, pela exequente, de apuração de delito de apropriação indébita previdenciária prevista no artigo 168-A do Código Penal, e, na hipótese dos autos, inexistente qualquer notícia acerca de eventual instauração de procedimento ou ação tendente a apurar a existência de conduta delituosa por parte do dirigente da sociedade. Além disso, em que pese a menção ao Inquérito Judicial conforme constou da decisão de fls. 588/590, tampouco logrou a exequente demonstrar a efetiva prática de atos de gestão fraudulenta ou de abuso da personalidade jurídica pelo dirigente, tampouco de qualquer irregularidade cometida, que tenha implicado em prática de crime falimentar.
> [...]
> Portanto, incensurável a r. sentença que concluiu pela ilegitimidade passiva dos supostos sócios para responder pelos débitos da empresa executada.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

Pois bem.

Como relatado, a Corte regional decidiu excluir os sócios do polo passivo da execução fiscal ao afastar a aplicação do art. 13 da Lei n. 8.620/1991, aduzindo não se ter ficado comprovado o preenchimento dos requisitos para a aplicação do redirecionamento da execução fiscal com base no art. 135 do CPC/1973.

No ponto, cumpre destacar o entendimento consolidado nesta Corte, expressado na redação da Súmula 460 do STJ: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente."

Instado a se manifestar acerca da existência de prova de infração da lei (recolhimento e não repasse das contribuições previdenciárias devidas pelos empregados – art. 168-A do Código Penal) constante no título capaz de ensejar a responsabilização dos sócios, o Tribunal *a quo* consignou que (e-STJ fl. 841):

> Todavia, tal argumento não prescinde de demonstração, pela exequente, de apuração de delito de apropriação indébita previdenciária prevista no artigo 168-A do Código Penal, e, na hipótese dos autos, inexistente qualquer notícia acerca de eventual instauração de procedimento ou ação tendente a apurar a existência de conduta delituosa por parte do dirigente da sociedade.

Na hipótese dos autos, considerado o delineamento fático realizado pelo órgão judicial *a quo*, deve-se reconhecer que o recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, porquanto, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior, não há como revisar a sua conclusão sem o reexame de fatos e provas.

Por força do art. 85, § 11, do CPC/2015, a verba honorária de sucumbência arbitrada na SENTENÇA há de ser majorada em 1% (um por cento), respeitados os limites e os critérios previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, com base no art. 253, parágrafo único, II, “a”, do RISTJ, CONHEÇO do agravo para NÃO CONHECER do recurso especial e majoro a verba honorária de sucumbência em 1% (um por cento) sobre o valor arbitrado na

sentença, respeitados os limites e os critérios previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator