

dinário o que aconteceu, deitando abaixo a liberdade do tribunal superior mudar sua própria opinião, do que resulta por infernal paradoxo, em ser obrigado a seguir a si próprio, como se de lei se tratasse a sua decisão anterior.

Veja-se que o ilustre Min. Francisco Rezek no seu voto destaca o fato de estar de acordo com o entendimento de que as cooperativas não estão sujeitas ao tributo; entretanto, como na ocasião em que foi proferido o primeiro julgado a respeito em contrário, foi voto vencido, agora, por força regimental não pode retomar o tema, abrindo-o novamente. Portanto, é contra, mas tem de votar a favor, porque vencido, está obrigado a seguir eternamente a corrente vencedora. Estranha e triste prisão essa. Sentindo-se de tal forma preso, o eminente Ministro chega a sugerir à cooperativa que recorra... a quem?... ao poder Legislativo ou Executivo para que mude a lei. Vale transcrever aqui a sua argumentação. Diz S. Exa.: "Penso que em meu singular ponto-de-vista, coincidente com o da minoria que se formou na época, não deve agora motivar voto dissidente, sobretudo pela circunstância de que não tenho aqui qualquer argumento novo. Tudo aquilo que me veio ao espírito, nessa tomada de posição, foi exposto pelos então patronos das partes, com brilho não menor do que o que caracteriza, neste feito, a atuação marcante do advogado Ary Lopes Ferreira. Mas são argumentos que o Plenário teve presentes e que resultaram desprezados pela voz da maioria. O equilíbrio das relações jurídicas reclama a estabilidade de uma jurisprudência que se consolidou nesta Casa. Mais vale que as entidades que lutam por esta causa jurídica se dirijam, no momento oportuno, a Poder outro que o Judiciário, no sentido de fazer valer sua tese, preconizando a não-tributação das cooperativas de consumo com o imposto relativo à circulação de mercadorias."

3. Assim, a idéia que sugere é a de que tendo o STF interpretado (e mal e injustamente) a norma, agora, não pode ele voltar atrás, prisioneiro do próprio entendimento, e, portanto, se as partes quiserem que recorram ao Executivo ou Legislativo para mudar a lei. Não será demasiado dizer que nem nos países em que vige o *common law*, preso os juízes aos antecedentes jurisprudenciais, há tanto rigor assim, na sua obediência. O que faz desejar ardentemente que se proceda logo a reforma judiciária, criando-se, como pretende a proposta Miguel Reale, o Tribunal Superior de Justiça.

Waldírio Bulgarelli

SOCIEDADE COMERCIAL — Responsabilidade limitada — Sócio-gerente titular de 99,2% do capital, pertencendo os restantes 0,8% a sua mãe e a um cunhado — Sociedade realmente fictícia — Execução fiscal — Penhora de bens particulares do sócio majoritário — Admissibilidade — Embargos de terceiro rejeitados — Apelação provida.

Ementa oficial: Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de terceiro. Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital, sendo os restantes 0,8% de sua mãe e de um conchudo. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a "sociedade" é apenas um alter ego de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparato. Embargos de terceiro rejeitados. Apelação provida.

Ap. 583018577 (reexame) — 1.ª C. — j. 8.5.84 — rel. Des. Athos Gusmão Carneiro.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos os autos: Acordam, em 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, rejeitadas preliminares, em dar provimento à apelação prejudicado o reexame, o que decidem de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas, que integram o presente acórdão. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Des. José Vellinho de Lacerda. Porto Alegre, 8 de maio de 1984 — *Athos Gusmão Carneiro*, pres. e relator — *Túlio medina Martins*.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS — O Des. *Athos Gusmão Carneiro* (relator): Ruy Selbach Barreto e sua esposa Hermetina Bombassaro Selbach Barreto interpuseram embargos de terceiro, porque em execução fiscal que a Fazenda Pública estadual move contra a Madeireira Inhandava Ltda., sociedade da qual o autor é gerente, foram penhorados bens particulares do casal. Alegam os demandantes que os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade. Apenas os bens dos sócios solidários, o que não é o caso, podem responder pelas dívidas da empresa, mas mesmo assim observados os arts. 350 do CComercial e 596 do CPC.

Contestando, o Estado sustentou (fls.), com base no art. 135, III do CTN a responsabilidade pessoal e solidária, não subsidiária, do sócio-gerente decorrente de infração à lei face ao descumprimento da obrigação legal de recolher os tributos devidos. Aduziu já penhorados em ação promovida pela União Federal os bens remanescentes da empresa, assinalados pelos embargantes. Finalizou impugnando o documento de fls., e asseverou inviável a ressalva da meação do cônjuge mulher, por haver revertido em benefício do casal o produto do ICM não recolhido.

Sentenciou o MM. Juiz (fls.), considerando, como pontos incontrovertidos, o fato de serem os terrenos penhorados de propriedade do embargante, o qual é sócio gerente da firma, e ser a execução estribada em atraso no pagamento do tributo. Entendeu não comprovado o ato abusivo por parte do embargante, como também inexistir prova de que a sociedade fosse insolvente ou estivesse em liquidação. Disse que a empresa em questão não pode ser considerada como sociedade de pessoas, sendo inaplicáveis os arts. 134, VII, e 135, III, do CTN. Concluiu alegando que o benefício de ordem deveria, então, ser observado, com o que não se preocupou o Estado, que inclusive tinha à sua disposição, à época, bens livres e desembaraçados da sociedade. Julgou procedentes os embargos.

Inconformado, apelou o Estado do Rio Grande do Sul (fls.), argüindo preliminares de extinção do processo, por inépcia da inicial, que não descreveu os bens penhorados nem se fez acompanhar da prova da penhora e do contrato social, exigido este pelo art. 303 do CComercial, como também por ser o embargante parte ilegítima. No mérito, reeditou a argumentação já expendida, inovando, no entanto, para dizer que se trata de sociedade irregular ou, ao menos, fantasma, pois 98% do capital pertence a um dos sócios, ou, ainda, para concluir pelo desaparecimento da empresa.

Contra-arrazoado (fls.) o recurso, subiram os autos.

O parecer do Ministério Público de 1.º grau é pela reforma da sentença (fls.). O Dr. Procurador de Justiça (fls.) opina pelo desprovimento do recurso, rejeitadas as preliminares suscitadas, confirmando-se a sentença, em reexame necessário. É o relatório.

Eminentes Colegas, embora a sentença esteja tecnicamente bem lançada, quer-me parecer que, por mais de um motivo, deve ela ser reformada.

Em primeiro lugar, rogo a permissão para reportar-me àquele meu antigo ponto-de-vista, constante do voto vencido que proferi na Ap. cível 40.897, julgada por esta Câmara em 29.6.82, e da qual foi relator nosso saudoso colega Pio Fiori de Azevedo (RJTJRS 94/418). Disse, então: “Tenho para mim que o sócio gerente é, em princípio, solidariamente responsável com a firma pelo não-recolhimento do tributo, podendo, entretanto, isentar-se caso possa provar que o não-recolhimento foi decorrente de uma situação anômala, de um caso de força maior, de um incêndio, de um furto, de um grande desfalque e outras circunstâncias dessa ordem. Entretanto, fora disso, quando o dinheiro dos tributos é incorporado presumivelmente ao capital de giro, quer-me parecer que a defesa dos interesses fiscais, que são, em última análise, os interesses do povo, exige a responsabilização daquele que tem a obrigação e o dever de providenciar — ele, gerente — no recolhimento tempestivo dos tributos”.

O STF, no RE 96.607, in RTJ 103/1.274, já considerou que “a execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da dívida ativa”. E disse, mais, que “constitui infração da lei e do contrato, com a consequente responsabilidade fiscal do sócio-gerente, o desapa-

recimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias”.

É aresto de 27.4.82, da C. 1.^a Turma, unânime, relator o eminente Min. Pedro Soares Muñoz.

No caso dos autos, verifica-se que os bens constitutivos dessa firma — uma madeireira — aqueles instrumentos e máquinas de que ela necessitaria para poder funcionar e produzir, foram penhorados pela União Federal.

Alegaram os embargantes que, “ainda assim, restariam aqueles penhorados à União Federal, mas em data de 23.8.79, e as duas penhoras efetuadas pela embargada datam de 4.6.79 e de 3.8.79, respectivamente, avaliadas...”

Mas pouco importa a anterioridade ou a posterioridade das penhoras, porque, de qualquer maneira, à União Federal assiste a preferência, e assim está no CTN, art. 187, parágrafo único, I; portanto, o Estado estava com o seu crédito ao desabrigio de bens que pudessem garanti-lo. Os bens que foram penhorados pela União Federal, *ut fls.*, são exatamente a fita da serra, plaina, galpão de madeira, transformador de luz, destopadeira, serra circular, e assim por diante, bens indispensáveis para que a firma pudesse agir.

Aliás, ao recorrer, o Estado do Rio Grande do Sul alegou que “a empresa devedora desapareceu ilegal e irregularmente. Não foi liquidada. Não foi dissolvida. Não houve falência. Não foi rescindida. Onde está seu ativo? Naturalmente, o apelado, como sócio-gerente e dono de 98% da empresa, dele se adonou. Aqui reside a infração legal também de que fala o art. 135 do CTN, que importa responsabilização do sócio-gerente pelas dívidas fiscais. Neste sentido, a decisão do STF: “Constitui infração da lei e do contrato, com a conseqüente responsabilidade fiscal do sócio-gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias” (RE 96.607, 1.^a T., rel. Min. Pedro Soares Muñoz, em 27.4.82)”.

Aliás, de certa forma, a inatividade da firma é induzida das próprias contra-razões de apelação, onde dizem os embargantes que o Estado asseverou que a firma desapareceu, mas sem produzir prova nesse sentido: “*Data venia*, conhecer-se deste aspecto nesta fase seria impossível. Além do mais que a firma ainda existe e, se não existisse agora, existia ao tempo da propositura da ação”.

O eminente Des. Elias Elmyr Manssour foi relator de aresto desta Câmara, proferido em 22 de março do ano transacto, em que participamos também eu e o eminente Des. Túlio Medina Martins, aresto sob a seguinte ementa: “Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Aplicação dos arts. 134 e 135, III, do CTN — Os sócios cotistas tornam-se responsáveis perante o fisco quando houver encerramento das atividades da sociedade de forma irregular — Jurisprudência do STF (RTJ 88/296, 100/1.320, 101/748, 101/1.263 e 102/823)”.

Nos acórdãos são referidas decisões do STF, inclusive várias muito recentes, no sentido da responsabilização dos sócios, quando menos do sócio-gerente, no caso de “encerramento das atividades da sociedade sem liquidação regular”.

Há, ainda, eminentes Colegas, um outro ponto que, a meu ver é o ponto nodal, é o ponto fundamental no presente caso, e que envolve questão realmente muito interessante.

Pelo documento de fls., alteração do contrato social da Madeireira Inhandava Ltda., verifica-se que eram três os sócios cotistas: o ora embargante Ruy Selbach Barreto, com 496.000 cotas, cada uma de Cr\$ 1.000,00; Dario José Lenzi com 2.000 cotas e Laura Otília dos Santos Barreto com 2.000 cotas. E ainda se verifica, pela informação de fls., em nenhum momento controvertida, que a cotista Laura é a mãe do diretor Ruy Selbach Barreto e que o cotista Dario José Lenzi é conchunhado do mesmo diretor.

Aliás, não é verdade que o sócio-gerente fosse titular de 98% do capital social, como afirmou o Estado apelante, porque realmente, conforme consta de fls., detém ele 99,2% do capital social, a sua mãe 0,4% e o seu conchunhado 0,4%.

Tenho a impressão, pois, de que estamos diante de um daqueles casos em que existe um sócio, que não apenas é o sócio “controlador”, como também é o proprietário de todo o patrimônio da sociedade. Trata-se, então, de uma dessas sociedades realmente fictícias, cujo patrimônio se confunde com o patrimônio do sócio-gerente, “sociedade esta a que foi atribuída personalidade jurídica apenas — certamente — diante de vantagens de ordem fiscal, e outras, de que não gozaria o embargante se estivesse negociando como comerciante em nome individual.

Aliás, a respeito do tema são interessantes as lições de Fábio Konder Comparato, em seu livro *Poder do Controle na Sociedade Anônima* (2.^a ed., Ed. RT, 1977). Embora

a obra verse sobre sociedades anônimas, aplicam-se as suas ponderações perfeitamente às sociedades por cotas. No n. 135 dessa obra, refere o jurista que uma distinção importante a fazer-se é entre a “sociedade formalmente unipessoal e a sociedade fictícia”, mencionando que, a respeito da sociedade fictícia, tem-se falado em simulação ou em negócio indireto, “discutindo-se quanto à responsabilidade ilimitada do sócio único pelas dívidas sociais”. No n. 135 (mesma ob.), esse eminente Autor alude a que a verdadeira confusão patrimonial entre o controlador e a sociedade controlada é um critério fundamental que se deve tomar em conta para desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade: “E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando, destarte, numa regra puramente unilateral”.

E menciona (n. 138) que na jurisprudência brasileira “tem-se desconsiderado, com freqüência, a personalidade jurídica de sociedades constituídas unicamente de marido e mulher, sob a alegação de nulidade”.

Refere-se, também, trazendo à colação aresto do TASP, que “a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa do sócio é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao Direito”.

É feita referência inclusive a um notório caso judicial, que ocorreu quando determinado cidadão adquiriu 98% das ações de uma companhia e deu em pagamento aos vendedores notas promissórias de emissão da própria companhia, com seu aval pessoal, que depois não quis honrar. Entende Konder Comparato que a pessoa jurídica estava aqui valendo, apenas, como um *alter ego* do seu controlador.

Na nota de rodapé n. 28, noticia a sentença, a respeito, do juiz da 11.ª Vara Cível do Distrito Federal, que data ainda dos idos de 1960, onde se lê o seguinte: “Existe um abuso quando se trata, com a ajuda de pessoa jurídica, de burlar a lei, violar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Supera-se, daquele modo, a forma externa da pessoa jurídica para alcançar as pessoas e bens que sob seu manto se escondem. A investigação se situa, portanto, dentro da chamada concepção “realista” da pessoa jurídica, a qual entende que é possível, e até obrigatório, “atravessar a cortina daquele conceito formal”, que estabelece uma radical separação entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, para julgar os fatos mais de acordo com realidade, de maneira que permita evitar ou corrigir perigosos desvios na sua utilização”.

Ora, eminentes Colegas, está aqui em julgamento o caso de um cidadão proprietário de 99,2% do capital social de sociedade dita por cotas, e da qual as outras duas ínfimas partes eram de sua mãe e de seu concunhado.

Notamos que, dentro da realidade das coisas — e os juízes devem julgar, como dizia mestre Pontes de Miranda, rentes aos fatos da vida — trata-se de um comerciante em nome individual. Não pagou os tributos da firma, ou melhor, os “seus” tributos. Justo, portanto, respondam os seus bens pelo débito fiscal.

Por estes motivos, atento não só aos princípios doutrinários referidos ao início de meu voto, mas no caso concreto atento principalmente às circunstâncias que vim de referir, meu posicionamento é no sentido de, prejudicadas as preliminares pelo Estado invocadas, dar provimento à apelação da Fazenda Pública estadual, assim rejeitando os embargos de terceiro, prejudicado o reexame. Pelos embargantes as custas, e honorários de advogado, em favor do erário, na base de 10% sobre o valor dado à causa, devidamente atualizado. É o voto.

O Des. Túlio Medina Martins: Sr. Presidente, tenho votado reiteradamente com o entendimento de que o ônus de provar responsabilidade de terceiro pela obrigação tributária cabe ao credor. Assim, p. ex., fiz no julgamento da Ap. cível 40.897, de 29.6.82, da qual foi relator o eminente Des. Pio Fiori de Azevedo e que se acha publicada na *RTJRS* 94/418 e ss.

Contudo, no caso em apreço, acompanho o voto de V. Exa. porque entendo que se trata exatamente de uma daquelas hipóteses em que o credor, no caso o Estado do Rio Grande do Sul, provou a responsabilidade de terceiro pela obrigação tributária, vale dizer, provou a responsabilidade do embargante pela obrigação tributária que figura em nome da executada primitiva, a Madeireira Inhandava Ltda. Essa sociedade comercial evidente-

mente é uma ficção, dada a maioria do capital social detida pelo sócio-gerente, como o voto do eminente Relator demonstrou. Acompanho inteiramente.

O Des. José Vellinho de Lacerda: De pleno acordo com os eminentes Colegas.

COMENTÁRIO

1. Volta e meia encontramos decisões judiciais que assestam verdadeiros mísseis teleguiados contra a personalidade jurídica das sociedades comerciais, objetivando destruí-la em casos concretos e, conseqüentemente, buscar os bens particulares dos sócios para efeito de com eles fazer pagar as dívidas sociais. Parece não ser coincidência que tais ataques tenham lugar quase que tão-somente em favor do Estado por motivo de dívidas fiscais ou previdenciárias, não sendo igualmente estendido aos particulares o uso de armas que têm sido dadas privativamente a credor privilegiado — o próprio Estado — no âmbito da lei e da Jurisprudência. No caso concreto referimo-nos à *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*.

2. Tratava-se, na hipótese vertente, de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada formada por três sócios, um deles, o gerente, titular de 99,2% do capital daquela, enquanto o restante estava dividido entre sua mãe e seu concunhado. Na execução fiscal movida pela Fazenda Pública do Rio Grande do Sul, foram penhorados bens particulares do sócio-gerente e de sua esposa. No curso da ação estes se defenderam alegando que, em se tratando de sociedade limitada e não havendo sócios solidários nesse tipo, os participantes não respondem com seus bens particulares. O Estado, de sua parte, com base no art. 135, III, do CTN, defendeu a responsabilidade pessoal e solidária, não subsidiária do sócio-gerente, por se tratar de infração à lei, correspondendo o ilícito à falta do cumprimento da obrigação legal de recolher tributos.

3. Em 1.^a instância o juiz indeferiu as pretensões da Fazenda Pública pelos seguintes motivos: a) não comprovação de ato abusivo; b) inexistência de prova da insolvência da sociedade ou de estar em liquidação; c) não consideração da sociedade como de pessoas e, portanto, inaplicabilidade dos artigos 134, VII, e 135, III, do CTN; e d) inobservância do inafastável benefício de ordem.

4. Em apelação, dentre outras alegações, a Fazenda Pública defendeu a irregularidade da sociedade ou sua caracterização como “fantasma”, tendo em vista o nível quase absoluto da participação do sócio-gerente em seu capital.

5. A decisão do Tribunal endossou as razões adotadas pelo Estado, determinando a responsabilidade dos bens particulares do sócio-gerente pelo pagamento do débito fiscal. E foi justamente neste passo que ocorreu o atentado — injustificado a nosso ver — contra a personalidade jurídica da sociedade.

6. Observe-se que a legislação tributária e a jurisprudência têm colocado o sócio-gerente como responsável por dívidas fiscais dentro de certas condições, mas não foi nelas que o aresto aqui comentado se baseou. O critério que o norteou foi quantitativo, determinado pelo fato de possuir o sócio-gerente 99,2% do capital da sociedade.

7. Entendeu a Corte que se tratava de manifesta *sociedade fictícia*, “cujo patrimônio se confunde com o patrimônio do sócio-gerente, sociedade esta a que foi atribuída personalidade jurídica apenas — certamente — diante das vantagens de ordem fiscal e outras”, de que não gozaria o sócio se estivesse negociando