

Sociedades Mercantis.

Responsabilidades dos Administradores

PAULO GUIMARÃES DE ALMEIDA

Procurador do INPS

Sociedades Mercantis – Classificação

I – Consoante o disposto no art. 16 do Código Civil, entre as sociedades, pessoas jurídicas de direito privado, alinham-se as sociedades mercantis, ou comerciais, como usualmente são chamadas. Essas sociedades, a teor da disciplina do Código Comercial, podem ser sociedades em nome coletivo (art. 315), sociedade em comandita simples (arts. 311/314), sociedade anônima (arts. 295/299), sociedade em comandita por ações (arts. 311/314), *ex vi* da Lei nº 3.150, de 4-11-1882 (art. 32), sociedade de capital e indústria (art. 317), sociedade em conta de participação (art. 325) e sociedade por quotas de responsabilidade limitada (arts. 300/302).

II – Em sendo todas pessoas jurídicas, têm, quaisquer que sejam, existência distinta da de seus componentes, devendo cada sócio contribuir para a formação do capital social, ou em dinheiro, ou em efeitos, ou em qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria, segundo o prescrito pelo art. 287 do Código Comercial.

Disso decorre o princípio geral segundo que, uma vez satisfeitas as suas obrigações para com a sociedade, não poderão os sócios responder solidariamente com seus bens particulares para satisfação dos encargos que ela assume perante terceiros. Esse princípio, contudo, experimenta temperamentos, já em

função do tipo da sociedade, já em face da participação do sócio na vida societária, já em termos dos característicos de sua gestão à frente dela.

III — Neste passo, impõe-se dizer que, no concernente à responsabilidade dos sócios perante terceiros, as sociedades mercantis se classificam em limitadas, ilimitadas e limitadas e ilimitadas simultaneamente, perdendo atualidade, por superação, a vetusta disciplina delas em sociedade de pessoas e sociedade de capitais.

TEÓFILO DE AZEREDO SANTOS (em "*Regime Jurídico das Sociedades Comerciais*", Forense, 1958, pág. 40) entende, *verbis*: "Se a classificação das sociedades em de capital e de pessoas é incaxata, falha, imprecisa e fugindo, muitas vezes, à realidade, acreditamos que a classificação mais rigorosa, prática e racional é a que adota como critério diferenciador o grau de responsabilidade dos sócios (limitada, ilimitada e mista, isto é, limitada e ilimitada ao mesmo tempo), notando, porém, que a responsabilidade da sociedade é sempre ilimitada, pois todo seu patrimônio responde pelas obrigações sociais."

São sociedades ilimitadas as em nome coletivo, na qual todos os sócios respondem solidariamente com seu patrimônio pessoal pelos encargos que assumam o fundo societário.

São sociedades limitadas as por quotas de responsabilidade limitada e as sociedades anônimas.

São sociedades mistas, ou concomitantemente limitadas e ilimitadas:

- a) as em comandita simples, onde os sócios comanditados respondem solidariamente e os comanditários não;
- b) as em comandita por ações, onde os sócios diretores ou gerentes respondem solidariamente e os demais não;
- c) as de capital e indústria, em que os sócios capitalistas respondem solidariamente e os de indústria não;
- d) as em conta de participação, onde os sócios ostensivos ou gerentes respondem solidariamente e os sócios apenas participantes ou ocultos não.

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (no seu clássico "*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*", 4ª Edição, vol. III, págs. 60/61) resume essa responsabilidade da seguinte forma:

"1 — sociedade de responsabilidade ilimitada; 2 — sociedade de responsabilidade limitada; 3 — sociedade de responsabilidade ilimitada e limitada.

O patrimônio da sociedade é sempre, em qualquer dessas classes, oferecido em garantia das obrigações sociais, mas, além dele, na primeira, os sócios garantem essas obrigações com todos os seus bens particulares; na segunda, a garantia prestada pelos sócios não excede da importância da sua entrada ou quota subscrita; na terceira, existem simultaneamente essas duas qualidades de sócios.

As sociedades incluídas na primeira classe correspondem às sociedades em nome coletivo; as da segunda, às chamadas anônimas; as da terceira, às chamadas em comandita.”

Responsabilidade Social

IV — A responsabilidade derivada de atos ou omissões no exercício da gestão social é amplamente admitida pelo direito pátrio.

Quem quer que, na atividade gerencial, diretora ou de comando, tenha tido conduta que implique e importe infração da lei ou dos estatutos, responde solidariamente perante a sociedade e terceiros, pelos atos assim praticados. É a responsabilidade oriunda da prática do ato ilícito, definida no art. 159 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Dáí haverem estabelecido, tanto o Decreto nº 3.708, de 10-1-1919 (Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada), em seu artigo 10, como o Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, (Sociedade por Ações) em seu art. 121, § 1º, que os gerentes e diretores, respectivamente, respondem de maneira solidária, perante a sociedade e terceiros, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Destarte, se o contrato social não admitir, *verbi gratia*, garantia de aval da sociedade em favor de negócios a ela estranhos e o diretor ou gerente a empenhar, a fidúcia é válida, tendo o credor interessado ação para responsabilizar o acervo societário ou o sócio, ou ambos conjuntamente, porque há entre eles reciprocidade de obrigações.

Não há entre os tratadistas mais conspícuos discrepância a tal respeito, parecendo-nos *quantum satis*, para integral dilucidação, trazer à baila o magistério de CUNHA PEIXOTO (*in A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 2ª Edição, vol. I, págs. 339/340) *verbis*:

“Os atos praticados pelo gerente, regularmente, em nome da sociedade, obrigam apenas a esta. Não contrai aquele obrigação pessoal nos contratos e operações realizados no exercício de sua função. Conseqüentemente, seus bens não respondem por estas dívidas. Os gerentes são, porém, responsáveis pelos atos que praticam com infração de disposição legal ou violação de qualquer cláusula estatutária. A lei impôs, expressamente, ao gerente, a observância de certas prescrições, cujo descumprimento lhe acarreta responsabilidade pessoal. O art. 10 do Decreto nº 3.708 reza que o gerente responde solidária e ilimitadamente com a sociedade e para com terceiros, pelos atos praticados em desacordo com o contrato. Este caso de responsabilidade é muito vizinho do da violação da lei, uma vez que o contrato forma uma espécie de lei entre os associados. Portanto, se o gerente age em desacordo com as normas contratuais ou contra dispositivos legais, passa a ser ilimitadamente responsável, não só perante seus companheiros de sociedade, mas também com relação aos terceiros que com ele transacionaram.”

A Legislação Pertinente

V — Por seu turno, para atender processualmente às peculiaridades obrigacionais decorrentes dessas situações anômalas, o antigo Código de Processo Civil, em seu art. 888, II, contemplava a execução dos bens dos sócios, nos termos da legislação civil e comercial.

O atual Código de Processo Civil dispôs da mesma maneira, ao dizer no art. 592, item II, que ficam sujeitos à execução os bens do sócio, nos termos da lei.

A legislação tributária se tem valido, ampla e irrecusavelmente, dessa disciplina jurídica para responsabilizar os diretores e gerentes, pessoalmente, pelos créditos tributários.

O Decreto-Lei nº 960/38, que disciplina a cobrança executiva da dívida ativa da Fazenda Pública, ao estabelecer, em seu artigo 4º, item V, que "ação poderá ser proposta contra o responsável, na forma da lei, por dívida da firma ou sociedade", à evidência quis remeter-se aos diretores e gerentes que se conduzissem, na gestão social, com excesso de poderes ou infração de lei ou de contrato, quando, então, seriam responsáveis, particularmente, pelas dívidas tributárias, uma vez que a legislação específica do tipo jurídico da sociedade admita a responsabilidade deles perante terceiros, solidariamente.

De sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-1966) assim dispôs, para as sociedades em geral, incluindo-se, obviamente, as sociedades por ações e as por quotas de responsabilidade limitada, consagrando, destarte, o mesmo princípio da responsabilidade pessoal tributária da gestão irregular:

"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."

VI — No que tange à Previdência Social, a sua Lei Orgânica (Lei número 3.807/60) dispôs expressamente sobre a responsabilidade pessoal dos dirigentes que hajam procedido em desacordo com as suas normas, deixando de descontar, mês a mês, as contribuições devidas e deixando de recolhê-las aos cofres do INBS (art. 79, V).

Por igual, o seu antigo Regulamento-Geral, baixado com o Decreto número 60.501, de 14-3-67, dispôs taxativamente, no § 1º do seu art. 176, sobre essa responsabilidade, que é pessoal e direta.

Identicamente dispõe o atual Regulamento-Geral da Previdência Social, baixado com o Decreto nº 72.771, de 10 de setembro de 1973, em seu art. 235,

parágrafo único, ao referir-se à responsabilidade “direta” de empresas e empregadores domésticos, o que, em linguagem técnico-tributária, equivale à responsabilidade “pessoal” dos dirigentes.

Essa responsabilidade, que se verifica *ex lege*, fica condicionada apenas à demonstração de ter sido dirigente da empresa, ao tempo das contribuições não descontadas ou não recolhidas, aquele contra quem a Previdência Social pretende dirigir a execução fiscal.

Destarte, na casuística da responsabilidade pessoal, direta e solidária dos dirigentes, incluir-se-á a hipótese prevista na legislação previdenciária específica, em cujo contexto os sócios dirigentes são sempre responsáveis pessoalmente pelos descontos de contribuições não efetivados e não recolhidos.

VII — Nesta matéria, impõe-se não extrair do disposto no artigo 350 do Código Comercial e do consignado no art. 596 do atual Código de Processo Civil, tudo respeitante à inexecução dos bens particulares dos sócios, por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais, mais do que, realmente, essas normas querem estabelecer.

Parece-nos fora de dúvida que aludida inexecução diz respeito à responsabilidade particular dos sócios diretores e gerentes ao ensejo de administrações normais, regulares, processadas dentro dos parâmetros legais e estatutários, quando não respondem pessoalmente com seus bens pelas dívidas da sociedade.

Os débitos assumidos pela sociedade, através de gestões regularmente desempenhadas, inscrevem-se no rol daquelas responsabilidades pelas quais o acervo societário deve responder, porque obviamente delas usufruiu, inadmitindo-se, pois, sejam transferidos ou carregados à conta dos diretores ou gerentes, porque, se assim se concedesse, estaríamos frente a indiscutível e inegável locupletamento da sociedade, a prejuízo, em detrimento dos administradores que procederam com lisura e regularidade.

VIII — Posto que a disciplina legal tributária condiciona a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado “a atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto” (art. 135, III), a execução das respectivas dívidas só deverá ser dirigida contra eles, diretamente ou em solidariedade com a razão social, administrativa ou judicialmente, após a constatação, ao ensejo do ato do lançamento, de assim terem agido.

Ao propósito, leve-se na devida conta que aludida responsabilidade é objetiva, independentemente, conseqüentemente, de ato doloso ou culposo por parte deles, ou situação equiparável.

Constatado que o diretor, gerente ou representante agiram com infração à lei, com desrespeito ao contrato social ou estatutos, disso resultando obrigação tributária, a sua responsabilidade pessoal estará definida em face dela.

Essa constatação, que deve ser feita, como já dito, no curso do Processo Administrativo Fiscal, ao ensejo do lançamento, poderá ser novamente demons-

trada no Processo de Executivo Fiscal, se os interessados opuserem embargos para a prova de que, ou não agiram naquelas circunstâncias (excesso de poder, infração à lei ou ao contrato) ou delas não resulta, pelo tipo de sociedade a que pertençam, responsabilidade tributária pessoal e direta.

Os Procuradores do Estado de São Paulo deliberaram, no seu II Congresso Regional (1973), encerrado na cidade de Taubaté, recomendar que, quando da lavratura do Auto de Infração ou no decurso do processo administrativo constatar-se procedimento irregular dos diretores, gerentes ou responsáveis, o crédito tributário seja devidamente inscrito não só contra a empresa como igualmente contra aqueles.

É uma recomendação ao nosso ver judiciosa, que atende ao espírito do ordenamento legal pertinente, sem cercear a defesa que possa ser apresentada, dando, destarte, liquidez e certeza ao débito levantado, bem como segurança e rapidez à execução.

Quanto à Previdência Social, o diretor ou gerente que desconta de seus empregados as contribuições previdenciárias respectivas e não as recolhe aos cofres do INPS, comete infração a dispositivo de duas normas legais. Infringe o disposto no art. 79, II, da Lei nº 3.807/60, que obriga a recolher, mês a mês, as contribuições descontadas e incide nas sanções previstas no art. 168 do Código Penal, por delas se haver apropriado indevidamente.

Em assim procedendo, respondem eles pessoal e diretamente por essas contribuições, ficando os seus bens sujeitos à execução judicial, já face ao que preceitua o Código Tributário Nacional (art. 135, III), já diante do que dispõe o Decreto nº 3.708, de 10-1-1919 (art. 10), já frente ao consignado no revogado Decreto-Lei nº 960/38 (art. 4º, V), já por motivo do que preceitua a Lei Orgânica da Previdência Social e o seu Regulamento-Geral (art. 79, V, e art. 235, parágrafo único, respectivamente), já *ex vi* do Código de Processo Civil (art. 592, II).

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos tem tido oportunidade de decidir em consonância com o ordenamento legal, conforme se vê das seguintes ementas:

“AP 28.374. Os sócios gerentes respondem solidária e ilimitadamente pelo excesso do mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. Desse modo, respondem pelo não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados e não recolhidas ao Instituto.” (DJU, de 5-10-70, pág. 4.619.)

“AP 32.156. Executivo Fiscal. Responsabilidade pessoal do sócio gerente. Permitindo o art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 960/38, a propositura do executivo fiscal contra o responsável, na forma da lei, por dívida da sociedade, não se justifica o indeferimento do pedido do exequente, que pretende dirigir a execução contra os sócios gerentes. A existência ou não dessa responsabilidade (art. 10 do Decreto nº 3.708, de 1919) será matéria a ser decidida na sentença. Provimento do agravo, para que o executivo prossiga, como requerido.” (DJU, 19-3-73, pág. 1.523.)

“AP 33.054. Previdência Social. Contribuições. Pessoa Jurídica. Extinção. Extinta a sociedade de pessoas, sem que se tenha reservado disponibilidade para o pagamento do débito previdenciário, transfere-se a responsabilidade do mesmo aos sócios.” (DJU, 9-5-72, pág. 2.765.)

No mesmo diapasão, tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, consoante as Ementas que seguem:

“RE 64.813. Ementa. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Responsabilidade dos Administradores pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. (Lei nº 3.708, arts. 10 e 11)” (DJU, 3-10-69, pág. 4.560.)

“RE 76.289. SP. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Recorrente: INPS; Recorridos: Omilse Batista Santos e s/m. Decisão: conhecido e provido. Unânime. 1ª Turma, em 19-11-73. Ementa: Sociedade por quotas. A responsabilidade dos sócios é, em regra, limitada ao total do capital social. Tratando-se, porém, de contribuições descontadas dos salários dos empregados e não recolhidas pela empresa, aplica-se o art. 10 da Lei nº 3.708, de 10-1-19, e o sócio dirigente responde pessoal e ilimitadamente pelos atos praticados com violação da lei. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (DJU, 2-1-74, pág. 16.)

“RE 76.369. Ementa: Sociedade por quotas. Responsabilidade do sócio. O sócio gerente de sociedade por quotas, dissolvida sem liquidação regular, responde solidária e ilimitadamente perante terceiros, pelos atos praticados com violação da lei.” (DJU, 19-11-73, pág. 8.720).

Responsabilidade Penal

IX — Os aspectos irregulares dessas gestões, sob o ponto de vista penal, contudo, parecem não remanescer e não subsistir, constituindo, conseqüentemente, impedimento a que se responsabilizem, pessoalmente, diretores e gerentes, quando a Previdência Social firme com a empresa devedora acordo de parcelamento para a solução do débito.

Embora nesse fique expresso que, em parcelando o débito e em se lhe acrescentando os ônus decorrentes da mora (correção monetária, juros e multa), não existe o ânimo de novar, confirmando a segunda obrigação a primeira assumida (Código Civil, art. 1.000), o assentimento dado pela Previdência Social ao recolhimento, sob novos moldes, de contribuições em atraso, implica, salvo melhor juízo, desistência de qualquer ação penal para cujo exercício, porventura, tivesse ela titularidade ativa.

Posto que não ocorra novação em sentido jurídico, porque esta inexistente quando não haja ânimo de novar, o fato é válido apenas no campo das relações jurídico-comerciais e civis, não produzindo efeito na esfera penal, onde não poderiam deixar de repercutir as conseqüências do acordo realizado, *venia máxima concessa*.

Sistemática dos Embargos

X — Merecem esclarecidos alguns aspectos pertinentes aos embargos opostos em executivo fiscal, quando se penhoram bens dos diretores, gerentes ou responsáveis pelas pessoas jurídicas de direito privado, porque nem sempre são eles articulados com propriedade processual, congruamente.

Quando a execução fiscal seja promovida diretamente contra a sociedade, mas sejam alcançados pela constrição judicial bens particulares daquelas pessoas físicas (Código de Processo Civil, art. 592, II), duas situações distintas poderão ocorrer. Na primeira, por haver sido certificada nos autos inexistência de bens penhoráveis da pessoa jurídica, o exequente peticionou a citação de referidas pessoas físicas para que respondessem à ação, que prosseguiu contra elas.

Uma vez que passaram a integrar a relação processual, na qualidade de titulares passivos, por transferência, da obrigação tributária, deverão opor os embargos a que faz menção o art. 736 do Código de Processo Civil, no prazo de 10 dias, a contar da intimação da penhora.

Nessa matéria, cumpre atentar-se para a circunstância especialíssima de o decêndio ter como *dies a quo* (início do prazo) a data da intimação da penhora e não o dia da entrada em cartório do mandato cumprido, a teor do prescrito pelo revogado Código de Processo Civil (art. 292).

É o que o Decreto-Lei nº 960/38, que era norma de caráter específico, discriminava a esse respeito, estabelecendo que o lapso processual tinha o seu cômputo a partir daquele ato de constrição, vale dizer, da data da penhora.

Influenciados pelo que dispunha, a respeito, o processo ordinário ou comum, esporadicamente, é bem verdade, alguns tinham entendido daquela forma. Desassistidos estavam, porém, de procedentes razões jurídicas. Nos processos de executivo fiscal, sob a disciplina do revogado Decreto-Lei nº 960/38 (art. 16) e nas ações executivas, sob a égide do revogado Código de Processo Civil (art. 301), o prazo para embargos e contestação, respectivamente, era contado da data da penhora.

O atual Código de Processo Civil, contudo, pôs fim irremediável a essa controvérsia, uma vez que deixou de contemplar nos procedimentos especiais (Livro IV, Título I) as ações executivas, para colocá-las sob a disciplina do Livro II, Título I (Da execução em geral), em que o prazo para embargos se conta, como já dito, a partir da intimação da penhora.

O novo Código de Processo Civil (art. 738, I) trouxe definitivo deslinde jurídico à espécie, dirimindo, espancando, dissipando quaisquer dúvidas ou hesitações anteriores suscitadas, ao estabelecer que o *dies a quo* do prazo para o oferecimento dos embargos à execução é o da intimação da penhora.

Face ao caráter expresso do mandamento processual, inaplicável o preceito insito no art. 598 do Código, sendo, conseqüentemente, impossível contar-se aquele interregno segundo o ordenamento do art. 241, I, do mesmo estatuto.

É de se ter em vista que o advérbio de modo “subsidiariamente”, de que o art. 598 lança mão para admitir se apliquem aos processos de execução os

dispositivos da sistemática da fase da *cognitio* (art. 241, I), vale o mesmo que “no que couber”, encontrando nas disposições legais e já definitivamente equacionado em termos jurídicos.

“No que couber” e “subsidiariamente” significam emprego para o preenchimento de claros, de vazios, de vácuos que se contêm em leis ou regulamentos, mas que não podem deixar de ter aplicação, posto que é princípio de hermenêutica que as leis se fazem para serem empregadas, aplicadas, não sendo lícito, de maneira alguma, inaplicá-las por motivo de deficiência, obscuridades ou vazios, hipóteses em que se recorre aos parâmetros da analogia e aos princípios gerais do direito.

Destarte, em não existindo claro, vazio, ausência de comando jurídico, mas, de converso, ocorrendo tratamento expresso, indicação clara e incisiva, terapêutica jurídica adequada não haverá falar-se em aplicação subsidiária de outras normas, porque aí, obviamente, não caberão outros comandos, posto que os desejados pelo legislador estão diáfanos, patentes, gritantes, enérgicos, indistarcáveis, insubstituíveis, conseqüentemente.

Daí a acertada decisão da Primeira Turma do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, julgando o Agravo de Instrumento nº 208.184, ao considerar as hipóteses previstas no art. 738 do Código de Processo Civil, com soluções processuais dissemelhantes, divergentes (intimação da penhora, item I, e juntada do mandato, itens III e IV), concluindo que “se o legislador estabeleceu critérios diversos, nas várias modalidades de execução, IMPOSSÍVEL SE TORNA A GENERALIZAÇÃO PLEITEADA PELA EXECUTADA, ISTO É, A CONTAGEM DO PRAZO SEMPRE DA JUNTADA DO MANDATO DE CITAÇÃO DEVIDAMENTE CUMPRIDO”.

Evidentemente, se admitia que, em ambas as situações, pressupunha-se ter sido o executado devidamente intimado da penhora, eis que, se dela não tomasse conhecimento, o prazo para embargos e contestação, conforme o caso, não começaria de fluir.

Entende-se que o executado tomou conhecimento da penhora, com vistas aos fins de fluência do prazo para a prática daqueles atos, quando, valendo-se do preceito do art. 652 do CPC, nomeia bens à penhora, e quando, aceitando o encargo, compromissa-se como fiel depositário dos bens penhorados, hipóteses em que inexigível se faria fosse ele intimado da realização do ato em apreço.

Não teria qualquer sentido jurídico intimar-se o executado da prática de um ato de que participou ativa e vinculadamente, quer porque haja oferecido bens, assinando o auto de penhora, quer porque haja sido nomeado depositário, subscrevendo o indispensável termo. O princípio da economia processual, que obsta à prática de atos e diligências redundantes e inúteis, assim o recomenda. Impõe-se, porém, a intimação da mulher do devedor, se a penhora recair em bens imóveis (CPC, art. 669, § 1º). Diante, porém, da disciplina processual hoje em vigor, faz-se necessária, ao que parece, a intimação da penhora, para que se inicie a fluência do prazo legal de oposição dos embargos do devedor, quer aceite quer não o encargo de fiel depositário (arts. 669 e 738, I).

O magistério dos doutos consagrava o entendimento de que era a partir da data da penhora que corria o prazo para os respectivos embargos. VALMIR

PONTES (in "A Defesa do Contribuinte no Processo Executivo Fiscal", Borsoi, 1962, págs. 100/101), assim se manifestava ao propósito, *verbis*:

"No processo executivo fiscal, da mesma forma que nos executivos comuns, não é possível contar-se o prazo para a defesa da entrada em cartório do mandato de citação cumprido, como se faz no processo ordinário, por força do art. 292 do CPC. É que tanto esse código, no seu art. 301, como o Decreto-Lei nº 960, no seu art. 16, marcam como início do prazo de defesa, nas ações executivas, a data da penhora. É, portanto, da data da intimação que se fizer ao réu da realização da penhora que corre o prazo dentro do qual ao devedor é lícito oferecer a sua contestação ou os seus embargos, sob pena de revelia."

SILVA PACHECO (na sua clássica "Execução Fiscal", Borsoi, 1960, pág. 222) externava-se da seguinte forma, *in verbis*:

"No artigo 16, diz a lei que os embargos devem ser opostos dentro em dez dias, contados da data da penhora. Sobre o assunto já expendemos exaustivas considerações. A jurisprudência, porém, tem sido no sentido de que da data da penhora se conta o prazo, rejeitando-se como intempestivos os embargos oferecidos fora desse prazo."

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos tem decidido assim, como se vê da seguinte ementa:

"AP 32.144. Executivo Fiscal. Prazo para embargos. Conta-se da data da penhora (art. 16 do Decreto-Lei nº 960/38). Inaplicável, no caso, o disposto no art. 292 Código de Processo Civil." (DJU, 20-9-71, pág. 4.988.)

Se deixarem de se valer do decêndio em tela, para oposição de embargos (dentro do decêndio a que se remete o art. 738, I, do CPC), sob color de a espécie comportar embargos de terceiro senhor e possuidor, fazendo-o, entretanto, fora dos dez dias a contar da penhora, serão eles considerados intempestivos e assim julgado o feito executivo, à revelia dos executados.

Se, contudo, opuserem "embargos de terceiro" dentro do decêndio em apreço, nada impede que sejam processados e julgados como simples embargos do devedor (art. 738, I), eis que, na realidade, ficaram eles, diretores, gerentes e responsáveis pelas pessoas jurídicas de direito privado, vinculados, pela citação inicial, à relação processual *sub judice*.

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos assim decidiu:

"AI 26.693. Embargos de terceiro. Falta de qualidade. Não pode oferecer embargos de terceiro quem foi citado para a execução e tem seus bens penhorados. A falta de qualidade para a execução deverá ser deduzida em embargos à penhora (CPC, art. 1.020, II) e não por meio de embargos de terceiro." (DJU, 27-3-72, pág. 1.582.)

Na segunda situação, por haver sido certificada nos autos inexistência de bens da pessoa jurídica, efetuou-se penhora de bens particulares de diretores

ou gerentes, SEM QUE, TODAVIA, TIVESSE HAVIDO CITAÇÃO INICIAL DELES. A penhora teria sido realizada ou por indicação do exequente ou pelo meirinho, *ex autoritate propria*.

Como o feito executivo não foi contra essas pessoas físicas, mas, de contrário, contra a pessoa jurídica a que pertencem, e não houve citação inicial, posteriormente, dessas mesmas pessoas, não integraram elas a relação processual, embora sejam, juridicamente, titulares passivos da obrigação tributária ajuizada.

Os embargos cabíveis e consentâneos, *in casu*, serão os de “terceiro senhor e possuidor”, devendo ser opostos dentro do quinquídio a que se remetia o art. 42 do revogado Decreto-Lei nº 960/38, hoje nos termos do art. 1.048 do atual Código de Processo Civil.

Cabe neste passo, também, deixar claro que divergiam as normas processuais estabelecidas, a respeito, pelo antigo Código de Processo Civil (art. 707) e pelo Decreto-Lei nº 960/38 (art. 42).

Segundo o antigo estatuto processual, os embargos de terceiro senhor e possuidor poderiam ser opostos a qualquer tempo, antes da sentença final e, em havendo execução, até cinco dias depois da arrematação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Consoante o Decreto-Lei nº 960/38, essa peça deverá ser oferecida até a assinatura da carta de arrematação, adjudicação ou remissão, porém dentro em 5 (cinco) dias, contados da data em que se tivesse ciência do ato que desse ensejo aos embargos desse tipo.

Vê-se, então, que a antiga disciplina processual comum, muito mais liberal, ensinava embargos de terceiro a qualquer tempo, preclusa a oportunidade apenas ao ensejo da assinatura da respectiva carta, ao passo que a revogada regra específica dos executivos fiscais, mais exigente, assinava para isso o prazo de 5 (cinco) dias, que fluíam da data em que o interessado tivesse ciência do ato que lhes dera lugar.

O Decreto-Lei nº 960/38, deixando de minimizar, mas, ao contrário, enfatizando o fato de haver ciência, conhecimento da penhora para, a partir dessa circunstância, fixar um interregno dentro de que o senhor e possuidor deve fazer valer o seu direito, leva na devida conta a relevância do interesse tributário frente às relações obrigacionais de direito privado.

Não seria justo que, tomando conhecimento da penhora de bens de seu patrimônio particular, de sua propriedade privada, circunstância de inegável relevância jurídica, ficasse a seu livre alvedrio, a seu inteiro talante, a seu total dispor insurgir-se, através de embargos, contra a constrição judicial, obediente, submisso, cativo apenas, exclusivamente, à condição de ainda não ter sido assinada a carta de arrematação, adjudicação ou remissão, conforme o caso, embora já efetivados esses atos, como permitia o antigo Código de Processo Civil (art. 708).

É óbvio que a disciplina desse Código não encontraria abrigo, não poderia ser aguaritada e nem agasalhada onde o Decreto-Lei nº 960/38 houvesse disposto *in expressis*, disciplinando por inteiro, às completas, a espécie. O Egrégio Tribunal Federal de Recursos se tem manifestado através das seguintes ementas:

“AP 32.865. Embargos de terceiros. Só podem ser opostos por quem não é parte na relação processual do executivo fiscal, mediante a prova de que é senhor e possuidor dos bens penhorados, e isto no prazo de cinco dias da ciência da penhora (art. 46, Decreto-Lei nº 960/38).” (DJU, 18-10-71, pág. 5.731).

O Colendo Supremo Tribunal Federal manifestava-se no mesmo sentido:

“ERE 71.084. Executivo Fiscal. Embargos de terceiro senhor e possuidor. Prazo para sua interposição. Por ser expresso o art. 42 do Decreto-Lei nº 960/38, no que respeita à fluência do prazo, não há porque buscar no CPC qualquer aplicação. Exegese dos arts. 42 e 76 do Decreto-Lei nº 960/38, combinado com o art. 1º do Código de Processo Civil.” (DJU, 22-10-71, pág. 5.867).

Nos casos em que o executivo fiscal seja proposto diretamente contra os diretores, gerentes ou responsáveis, na forma da lei, figurando eles na “Certidão de Dívida Inscrita” como sujeito passivo da obrigação tributária, sendo, pois, penhorados bens de seu patrimônio particular, duas hipóteses merecem ser consideradas.

Na primeira, aludidos titulares opõem embargos, que deverão, obviamente, ser os comuns, dentro do decêndio a que se remete o art. 736 do Código de Processo Civil. Se oferecerem, de maneira imprópria, é verdade “embargos de terceiro senhor e possuidor”, mas dentro dos 10 (dez) dias, contados da data da penhora (art. 738, I), poderão eles, por medida de economia processual, ser tratados e julgados como se embargos comuns fossem, face à sua titularidade passiva *ad causam*.

Impõem-se que sejam opostos dentro dos 10 (dez) dias, eis que o princípio da propriedade do recurso está sotoposto ao da sua tempestividade.

Se, contudo, oferecida for a respectiva peça fora daquele decêndio, havidos e tidos deverão ser como serôdios e, de conseqüente, subsistirá a penhora de seus bens, com a procedência do feito.

Na segunda hipótese, a sociedade é que toma a iniciativa de embargar a penhora dos bens particulares dos sócios. Esses embargos, quer venham rotulados de “embargos de terceiro” (art. 1.046), quer coloridos de embargos comuns (art. 736), serão sempre incabíveis, inadmissíveis, já porque não foram penhorados bens sociais, já porque a ação ajuizada não foi contra a sociedade, circunstâncias que retiram desta toda a legitimação passiva *ad causam*.

Quando isso ocorra, os executados, diretores, gerentes e responsáveis serão considerados revéis, julgada subsistente a penhora de seus bens e procedente a ação.