

empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

Verifica-se aqui que poderá uma empresa optante pelo Simples Nacional obter o registro dos atos constitutivos, alterações e baixa (extinção), independentemente de prova da regularidade fiscal referente a empresários e pessoas jurídicas, ou seja, sem a apresentação de certidão de quitação de débitos fiscais. Contudo, o referido artigo faz a ressalva expressa de que a sociedade, os sócios e os administradores não estarão excluídos da responsabilidade tributária pelos créditos que existirem antes ou após o ato de extinção. Significa dizer que com a nova lei poderá ser dada baixa na empresa mesmo com dívidas tributárias, mas essas poderão ser suportadas *a posteriori* pela sociedade ou pelos sócios, sejam eles administradores ou não. Tal entendimento é corroborado pelo parágrafo 5º do dispositivo em comento. O parágrafo 1º do art. 9º, adiante transcrito, demonstra a afirmativa de que o arquivamento dos atos constitutivos das sociedades em comento são dispensados da exigência de certidões:

§ 1º O arquivamento, nos órgãos de registro, dos atos constitutivos de empresários, de sociedades empresárias e de demais equiparados que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o arquivamento de suas alterações são dispensados das seguintes exigências:

- I – certidão de inexistência de condenação criminal, que será substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade mercantil ou a administração de sociedade, em virtude de condenação criminal;
- II – prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza.

Caso interessante traz o parágrafo 3º do artigo em tela. A LC 128/2008 permite que o titular, o sócio ou o administrador da microempresa e da empresa de pequeno porte possa solicitar a baixa nos registros dos órgãos públicos (federais, estaduais e municipais), independentemente do pagamento de débitos tributários, desde que as empresas em tela encontrem-se sem movi-

mento há mais de três anos. Da mesma forma, o parágrafo 6º determina que os órgãos referidos no *caput* do art. 9º terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros. Por outro lado, constatada a inércia destes órgãos, o parágrafo 7º prevê que a baixa dos registros das microempresas e das empresas de pequeno porte será presumida.

§ 2º Não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte o disposto no § 2º do art. 1º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.

§ 3º No caso de existência de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas referido no *caput* deste artigo, o titular, o sócio ou o administrador da microempresa e da empresa de pequeno porte que se encontre **sem movimento há mais de 3 (três) anos** poderá solicitar a baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos, observado o disposto nos §§ 4º e 5º deste artigo.

§ 4º A baixa referida no § 3º deste artigo não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores.

§ 5º A solicitação de baixa na hipótese prevista no § 3º deste artigo importa **responsabilidade solidária dos titulares, dos sócios e dos administradores** do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores.

§ 6º Os órgãos referidos no *caput* deste artigo terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros.

§ 7º Ultrapassado o prazo previsto no § 6º deste artigo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e a das empresas de pequeno porte.

§ 8º Excetuado o disposto nos §§ 3º a 5º deste artigo, na baixa de microempresa ou de empresa de pequeno porte aplicar-se-ão as regras de responsabilidade previstas para as demais pessoas jurídicas.

§ 9º Para os efeitos do § 3º deste artigo, considera-se sem movimento a microempresa ou a empresa de pequeno porte que não apresente

mutação patrimonial e atividade operacional durante todo o ano-calendário.

Concluindo, verificamos que a LC 128/2008 traz dois tipos de responsabilidade tributária: a *primeira*, regulada pelo art. 9º da referida lei, que fixa a responsabilidade solidária dos sócios e dos administradores pelo período de ocorrência dos respectivos fatos geradores. Para tanto, basta que seja solicitada a baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais da microempresa e da empresa de pequeno porte que se encontre sem movimento há mais de 3 (três) anos. O parágrafo 9º do mesmo artigo prevê que se considera sem movimento a microempresa ou a empresa de pequeno porte que não apresente mutação patrimonial e atividade operacional durante todo o ano-calendário. Como a baixa pode ser dada sem a prova de quitação de débitos fiscais, caso haja dívidas posteriores, a lei amplia o rol de sujeitos passivos tributários, incluindo os sócios e os administradores. A *segunda* consta do parágrafo 8º: aplicar-se-ão as regras de responsabilidade previstas para as demais pessoas jurídicas, ou seja, nas outras hipóteses em que a empresa continue ativa ou esteja inativa por menos de três anos. Nesse caso, incidirá a regra do CTN: o contribuinte será a sociedade, e, uma vez configuradas as demais hipóteses já tratadas neste capítulo, poderão ser alcançados os sócios e o sócio-administrador da sociedade.

Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada – EIRELI

Com a publicação da Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011, foi alterado o Código Civil autorizando a criação das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, denominadas pela sigla EIRELI. Este novo tipo societário permitirá que uma pessoa titular da totalidade do capital social devidamente integralizado possa constituir uma pessoa jurídica sem a participação de outro sócio.

Um dos maiores atrativos para se constituir uma EIRELI é a incomunicabilidade entre o patrimônio social e o pessoal de quem constitui a empresa. A redação original do Projeto de Lei n. 18/2011 previa em seu art. 2º, § 4º, que “*somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente*”. Porém, este § 4º foi alvo de veto quando da aprovação do projeto de lei, por considerar que a expressão “em

qualquer situação” poderia gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Nesse sentido, com base no art. 2º, § 6º, da Lei n. 12.441/2011, no qual dispõe que “*aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas*”, entendemos que poderão recair sobre os bens do sócio eventuais dívidas trabalhistas e tributárias em casos de violação à lei, como ocorre com as demais sociedades.

De qualquer maneira, permaneceu para a EIRELI, segundo a lei, a obrigação de honrar suas dívidas no limite de seu capital social, resguardado o patrimônio pessoal do sócio.

III – Dos demais sócios que não exercem a administração da sociedade

A simples condição de sócio (sem ser diretor ou gerente) não implica responsabilidade tributária, a não ser nas seguintes hipóteses:

- a) dissolução irregular da sociedade. Há quem sustente que, na dissolução irregular da sociedade, o sócio que não exerce a administração seria responsável tributário. No entanto, prevalece o entendimento de que, nesse caso, somente o sócio-administrador seria responsável tributário.
- b) quando o agente praticar **em conluio** com o administrador atos de gestão com excesso ou abuso de poder ou praticar atos com infração ao estatuto, à lei ou ao contrato. Isto porque o sócio não pratica atos de gestão, salvo se em conjunto com o administrador da sociedade.
- c) a hipótese do Informativo 338 do STJ, conforme disposto no tópico anterior. A matéria foi objeto da Súmula 435 do STJ: “*presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”.
- d) constituição irregular da sociedade, conforme disposto no tópico anterior.
- e) art. 13 da Lei 8.620/93. Ressaltamos aqui a mesma observação feita no tópico anterior.
- f) hipótese que era prevista pelos arts. 9º e 78 da Lei Complementar 123/2006. Ocorre que tais dispositivos foram alterados pela Lei Complementar 128, de 2008. Ressalte-se que o art. 78 foi revogado expres-

samente e o art. 9º passou a ter nova redação, conforme já exposto no tópico anterior.

Legitimação dos Sócios para opor Embargos

Tratamos das hipóteses em que a responsabilidade tributária recai sobre a figura dos sócios. Agora vejamos a questão da legitimação dos sócios para opor embargos nas ações de execução fiscal. Ressalte-se que quando o sócio é citado e, portanto, figura no polo passivo da execução fiscal, não há discussão quanto à sua legitimação para opor embargos do devedor. Contudo, quando ele não consta como executado, mas a penhora recai sobre seus bens particulares, poderá opor embargos de terceiro. Nesse sentido, o STJ entendeu, no REsp 827.295-CE, Rel. Min. Castro Meira, em 9/5/2006:

Foi decidida a questão relativa à legitimidade de sócios-administradores para opor embargos de terceiro diante de penhora dos seus bens particulares em execução fiscal quando regularmente citados. Assim, são cabíveis os embargos do devedor ao sócio que detinha poder de gerência no momento em que fora constituído o crédito, quando for regularmente citado na execução fiscal. O abrandamento do art. 1.046 do CPC é admitido quando o sócio sem poder de gerência for citado em execução fiscal; nessa hipótese, é viável o ajuizamento dos embargos de terceiro. No caso, porém não há que se cogitar da tese, visto que se trata de sócio com poder de gerência. Outrossim, sequer foi aventada anteriormente a viabilidade de aplicar-se o princípio da fungibilidade e não há como aferir a tempestividade dos embargos. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso da Fazenda.

Por fim, entendemos que, quanto à legitimação, o mesmo se aplica ao sócio que não exerce a administração da sociedade.