

A (in)eficácia externa dos negócios jurídicos: as consequências das avenças nos não signatários públicos e particulares

Simon Hendrigo Burmann de Souza¹
Elcio Nacur Rezende²

Resumo

O presente trabalho faz um estudo da história do Direito Contratual, demonstrando que as avenças podem gerar consequências a pessoas que não fizeram parte do pacto, bem como podem, ao contrário do que visavam os contratantes, serem ineficazes perante terceiros, mormente ao Estado. Com este objetivo, passamos a descrever a história dos contratos desde Roma até o mundo contemporâneo, buscando apresentar ao leitor que a ideia da limitação subjetiva dos contratos aos signatários deve ser abandonada, uma vez que é possível que, homenageando a Função Social dos Contratos, as avenças podem gerar eficácia a terceiros, devendo estes respeitarem os pactos alheios. Outrossim, demonstramos que as cláusulas contratuais firmadas por particulares quando tiverem por objetivo prejudicar o erário não terão qualquer eficácia.

113

Palavras-chave: Contrato. Conceito. Eficácia e ineficácia perante não contratantes.

Abstract

This work is a study of the history of Contract Law, demonstrating that the conflicts can have consequences for people who were not part of the pact, and may, unlike than contractings aimed, are ineffective against third parties, especially the state. With this purpose, we describe the history of contracts since Rome until contemporary world, pursuing to present to the reader that the idea of subjective limitation to the signatories of the contracts should be abandoned, since it is possible, honoring the Social Function of Contracts, the conflicts can have efficiency to third parties, which must respect the pacts of others. Furthermore, we demonstrate the contract terms signed by individuals when they are aimed at damage the revenue will not have any effect

Keywords: Contract. Concept. Effective and Ineffective against who wer not part of the pact.

Sumário

Introdução. A eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Civil. A eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Tributário; Hipóteses concretas de aplicabilidade do artigo 123 do Código Tributário Nacional. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Mestre e Doutor em Direito Privado pela PUCMinas; Professor do Centro Universitário UNA, da PUCMinas; Advogado.

² Graduado em Administração pela PUCMinas; Graduado em Direito pela UFMG; Mestre e Doutor em Direito Privado pela PUCMinas; Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara e do Centro Universitário UNA; Procurador da Fazenda Nacional.

Introdução

O presente artigo se propõe a discorrer sobre a eficácia externa dos contratos, bem como a ineficácia ainda que pretendida pelas partes, rompendo com a crença, bastante difundida pela doutrina tradicional, de que a relação contratual somente produz efeitos entre as partes contratantes. Antes, porém, visando a uma melhor contextualização do tema, cumpre ressaltar a importância dos contratos para a nossa vida cotidiana, assim como os princípios jurídicos norteadores das relações contratuais.

Nesse sentido, é inegável que o contrato é um dos instrumentos mais importantes do direito. Sem dúvida alguma, o que participa de nossa vida diária de forma mais intensa e constante. Mesmo porque, não é exagero afirmar que contratamos desde o momento em que saímos de casa de manhã até o momento em que regressamos à noite. O interessante é que, na maioria das vezes, não percebemos tal prática. Isso decorre do fato de a maioria dos contratos não estar formalizada em qualquer documento escrito. O que não significa, contudo, que eles não tenham existência ou eficácia no mundo jurídico.

Para demonstrar a importância do Direito Contratual, bem como asseverar que os efeitos subjetivos das avenças extrapolam os signatários dos contratos, alcançando outras pessoas naturais, pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público que não fizeram parte do contrato, estas últimas mormente da relação tributária é o escopo deste estudo.

114

Nesse diapasão, faremos uma breve digressão história do Direito Contratual, uma análise da ultrapassada teoria da limitação subjetiva das avenças aos contratantes e, alcançando a teleologia a que se objetiva, apresentaremos com fundamentação teórica e prática a eficácia externa do contrato no âmbito do Direito Civil e Tributário.

A (in)eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Civil

Quando alguém pega um ônibus ou toma um táxi para ir ao serviço está indubitavelmente contratando. Trata-se, na verdade, de um contrato de adesão, que se caracteriza exatamente pelo fato de o consumidor ter aderido às condições (ex: preço da passagem ou corrida, assim como o percurso a ser realizado) pré-estabelecidas pelo fornecedor, no caso a empresa de ônibus ou o taxista. O mesmo é possível dizer quando alguém paga pelos serviços de um cabeleireiro ou simplesmente vai almoçar em um restaurante.

Por isso mesmo, não há como negar que o fenômeno contratual é algo que está indissociavelmente ligado à nossa vida em sociedade, não sendo demasiado afirmar que, no atual contexto, é impossível viver sem esse importante instrumento jurídico. Até porque, é ele que viabiliza a produção e a circulação da riqueza, tão importantes para a vida em sociedade.

Por outro lado, como acima ressaltado, apenas uma pequena parte dos contratos que celebramos apresenta a forma escrita. A maioria deles assume a forma verbal e, até mesmo, a forma tácita, tão comum em contratos de adesão, como os anteriormente

reportados. Com isso, rompe-se com a ideia, tão arraigada no meio social, principalmente entre os não iniciados na ciência jurídica, de que contrato é somente aquele que reveste a forma escrita, sendo assinado pelas partes e presenciado por testemunhas.

Tal fato decorre, sem dúvida alguma, do que dispõe o art. 107 do Código Civil, que consagrou o princípio da liberdade das formas negociais. Isso significa que, como regra geral, somos livres para adotar a forma contratual que melhor atender aos nossos interesses. Segundo o citado dispositivo legal, “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

É evidente que essa regra sofre importantes exceções. Assim, por exemplo, por expressa disposição legal, todo negócio jurídico que tiver por objeto bem imóvel acima de 30 salários mínimos tem que revestir a forma pública, ou seja, tem que ser lavrado por escritura pública, no cartório de notas.

Por outro lado, é natural que a ideia de contrato e, principalmente, seus princípios informadores tenham sofrido mudanças ao longo de todas as transformações sofridas no meio social. Isso se deve ao fato de ser o contrato um instrumento fundamental para a produção e a circulação das riquezas e, portanto, estar intimamente conectado às mudanças das relações econômicas e, sobretudo, da postura estatal frente a estas.

Assim, por exemplo, o contrato de adesão, tão em voga na atualidade, não era sequer concebido durante a Idade Média. Até porque, esta técnica contratual somente ganhou espaço a partir da grande concentração econômica que vem caracterizando as relações econômicas do mundo moderno.

Na atualidade, a palavra de ordem da economia é competitividade. Por isso, as empresas lutam a todo custo para reduzir seus gastos e aumentar sua eficiência. Nesse contexto, tornaram-se comuns as fusões, com o claro propósito de unir forças e aumentar a capacidade de competição das empresas envolvidas nesse processo.

Como consequência, é possível apontar a formação de grandes conglomerados econômicos que precisam de um instrumento que possa proporcionar segurança jurídica para suas relações, mas, ao mesmo tempo, que atenda ao caráter dinâmico de suas atividades. Daí, a proposta do contrato de adesão, que se caracteriza exatamente pelo fato de ter suas cláusulas contratuais estabelecidas por uma das partes, cabendo à outra simplesmente aderir ou não a estas, sem que possa modificá-las substancialmente. Ou seja, quando se celebra um contrato de adesão, as cláusulas contratuais não resultam do livre debate entre as partes. Na verdade, elas são de antemão estabelecidas por uma delas, cabendo à outra, como dito, simplesmente aderir ou não àquilo que foi pré-fixado.

Por sua vez, resta patente também a ideia de que no contexto atual não se justifica mais o predomínio, pelo menos dentro da perspectiva inicialmente proposta, dos princípios que nortearam as relações contratuais durante o Estado Liberal.

O paradigma de organização liberal se caracterizou exatamente pela postura abstencionista do Estado frente às questões econômicas e sociais. Nele, predominava o ideal do “*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*”. Fruto das aspirações econômicas da nova classe social que ascendia ao poder, qual seja, a burguesia, o Estado Liberal partia do pressuposto que as pessoas eram livres para contratar ou não e, principalmente, que estavam em igualdade de condições para negociar as cláusulas contratuais que bem entendessem.

Sendo assim, havendo um acordo de vontades entre duas partes, sem que a vontade exteriorizada padecesse de algum vício (como a coação, por exemplo), o contrato seria válido e, portanto, deveria ser respeitado pelos contratantes custasse o que custasse. O Estado, por sua vez, não poderia interferir nessa relação, até porque a justiça contratual, conforme se acreditava, decorria exatamente de ter sido o acordo fruto de uma convenção entre partes livres e iguais, por isso mesmo capazes de ajustar o que bem entendessem, arcando obviamente com as consequências daí advindas.

Essa postura estatal ensejou o surgimento de princípios jurídicos importantíssimos que passaram a informar a relação contratual, tornando-se verdadeiros dogmas, inquestionáveis do ponto de vista jurídico. É o caso, por exemplo, do *pacta sunt servanda*, ou seja, da ideia de que os contratos devem ser respeitados, seguidos, não obstante eventual desequilíbrio entre as prestações a serem realizadas pelas partes, ou a mudança do contexto fático existente quando da celebração do contrato. Isso porque, conforme ressaltado, predominava a ideia de que o combinado não sai caro, sobretudo quando esse combinado provém de pessoas livres e iguais, ainda que essa igualdade existisse somente perante a lei.

É também nesse contexto que passou a predominar a ideia da relatividade dos contratos, isto é, o entendimento de que o contrato somente produz efeitos entre as partes contratantes, jamais alcançando qualquer outra pessoa estranha à relação contratual. Esse entendimento, aliás, era facilmente explicável dentro do contexto liberal. Isso porque, sendo o contrato considerado fruto de um acordo de vontades, cujos efeitos eram decorrentes exatamente da vontade exteriorizada, ele não poderia alcançar aqueles que não tivessem participado da avença, exatamente pelo fato de não terem exteriorizado sua vontade nesse sentido.

No mesmo sentido, ainda dentro do contexto liberal, é importante frisar que a vontade era considerada o elemento mais importante do fenômeno contratual. Era ela apontada como a fonte geradora dos efeitos jurídicos contratuais. Por isso mesmo, falava-se em autonomia da vontade como o principal fundamento da obrigatoriedade contratual, a qual deveria ser entendida exatamente como a prerrogativa concedida aos particulares de celebrar ou não um contrato, bem como de estabelecer o conteúdo da relação contratual, fruto exatamente da vontade exteriorizada.

Com o passar do tempo, porém, esses princípios informadores da relação contratual passaram por uma profunda reformulação, o que se deve principalmente a uma nova postura estatal frente às relações econômicas.

Com o advento do Estado Social, a postura abstencionista até então dominante, tão cara aos ideais liberais, é substituída por uma atitude intervencionista, caracterizada pela interferência estatal nas relações econômicas e, conseqüentemente, nas relações contratuais.

Surge assim o chamado dirigismo contratual, bastante difundido na atualidade, que pressupõe uma série de intervenções do Estado no âmbito dos contratos. Tais intervenções consistem ora na obrigatoriedade de celebração de alguns contratos, como o DPVAT, por exemplo, ora na imposição de cláusulas ou proibição de outras, como aquelas consideradas abusivas. Sem contar, é claro, a possibilidade de revisão contratual, admitida tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código

Civil, que possibilita a revisão do conteúdo contratual sempre que, após sua celebração, surgir algum fato novo que venha a causar desequilíbrio entre as prestações das partes contratantes.

Outro fator importante nesse processo de reformulação da ideia e dos princípios que regem as relações contratuais adveio do espaço alcançado pelos contratos de adesão no mundo moderno. Como dito, se outrora o contrato era concebido como um instrumento emanado da convenção entre partes livres e iguais, com a concentração econômica que caracteriza o mundo moderno, tal ideia definitivamente não se sustenta mais. Até porque, a maioria dos contratos celebrados no atual contexto pressupõe cláusulas contratuais que são de antemão fixadas por uma das partes, normalmente um grande grupo econômico, cabendo à outra parte simplesmente aderir ou não àquilo que já foi estabelecido. Não há, portanto, espaço para o debate entre as partes no intuito de fixar as cláusulas contratuais. Em algumas situações, aliás, não há sequer liberdade de escolher com quem contratar. Isso porque, como se sabe, determinados serviços são oferecidos de forma monopolizada, como é o caso da água, da energia elétrica, por exemplo. Nesses casos, é correto afirmar que não há sequer possibilidade de a parte escolher entre contratar ou não o serviço oferecido. Até porque, ninguém vai deixar de contratar os serviços de água ou energia elétrica, privando-se de dois dos mais importantes bens para a vida moderna.

Daí, a necessidade de reformulação da ideia de contrato e, principalmente, dos princípios que regem as relações contratuais. Nesse contexto, ganha espaço novos princípios como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e a proteção da dignidade da pessoa humana. Este último, aliás, determinante para a reformulação de todo o ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Até porque, a partir do momento em que a Constituição da República consagrou, em seu art. 3º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nossa República Federativa, reconhecendo, ademais, dentre os objetivos do Estado, a erradicação da pobreza e da marginalização, tornou-se imperiosa a releitura de todo o ordenamento jurídico no intuito de dar efetividade aos ressaltados princípios constitucionais.

A esse respeito, é fácil perceber que as regras e princípios que regiam inicialmente o direito privado possuíam uma concepção acentuadamente patrimonialista, o que significa que existia uma preocupação acentuada com a tutela do patrimônio, até mesmo em detrimento da tutela dispensada à própria pessoa humana.

Com o advento da Constituição de 88 e, principalmente, a partir de sua nova tábua principiológica, tal perspectiva passou a exigir uma profunda releitura, sempre com o objetivo de inverter a ordem de tutela até então predominante. Agora, em função da nova perspectiva constitucional, é correto afirmar que todo o ordenamento, não importa em qual ramo do direito, deve tutelar a pessoa em primeiro lugar e não mais seu patrimônio. Por isso, fala-se em despatrimonialização e, conseqüentemente, repersonalização do direito privado.

É evidente que essa mudança de perspectiva vai refletir no âmbito das relações contratuais. Se antes o contrato era visto como um instrumento que gerava repercussões apenas no âmbito econômico, com a ressaltada mudança ele passa a ser visto também como uma ferramenta importante para proporcionar dignidade e desenvolvimento à

pessoa humana. Tal fato, aliás, resta evidente. Mesmo porque, ao viabilizar a produção e circulação dos produtos e serviços, o contrato acaba contribuindo para a manutenção e o crescimento pessoal das partes contratantes, proporcionando-lhes as condições necessárias para a tutela de atributos importantes também para a preservação da própria dignidade.

Sendo assim, se uma determinada cláusula contratual, ou até mesmo o contrato como um todo, vier a ferir atributos essenciais à pessoa humana, e não apenas a seu patrimônio, ela ou ele deve ser afastado no intuito de preservar tais valores existenciais, não obstante a inexistência de qualquer conteúdo patrimonial.

Também nesse sentido, importa frisar que o princípio da boa-fé objetiva trouxe uma enorme contribuição para essa nova forma de conceber a relação contratual. Tal princípio, contudo, não se confunde com a ideia de boa-fé subjetiva, há muito sedimentada no meio jurídico. Esta deve ser entendida como um estado psíquico, caracterizado pelo desconhecimento de um determinado contexto fático. Assim, por exemplo, se alguém compra um determinado bem de quem não seja seu legítimo proprietário, sem, porém, ter conhecimento de tal fato, age de boa-fé. Trata-se, obviamente, da modalidade subjetiva.

Por sua vez, a boa-fé objetiva deve ser entendida como uma norma de conduta, a qual obriga as partes a proceder de forma correta, leal, uma em relação à outra. Nesse sentido, tanto o credor quanto o devedor são obrigados a agir de acordo com tal princípio. Como consequência, surge uma série de deveres para as partes contratantes. Esses deveres são chamados de anexos ou laterais por se vincularem à prestação principal a ser realizada pelo devedor, sem se confundir, contudo, com ela. Dentre eles podemos citar, por exemplo, o dever de informação, de lealdade, de cooperação, entre outros.

Com o reconhecimento da boa-fé objetiva como um princípio norteador da relação contratual, nos termos do art. 422 do Código Civil, cai por terra definitivamente aquela ideia tradicional de que o devedor possui apenas deveres, enquanto o credor titulariza apenas direitos. Na verdade, credor e devedor são titulares de direitos e de deveres, existindo entre eles uma relação de cooperação e não de subordinação como se acreditou durante muito tempo.

Nessa perspectiva, credor e devedor devem manter uma conduta de cooperação recíproca, visando a um fim comum, isto é, a extinção da relação contratual em função de seu cumprimento, respeitando, é claro, a dignidade da pessoa humana, valor máximo consagrado pelo nosso ordenamento jurídico.

Em função de todas essas mudanças, o *pacta sunt servanda*, princípio basilar do Estado Liberal, parece aos poucos também passar por transformações, sendo, na verdade, relativizado. Mesmo porque, há muito vem ganhando espaço, tanto na doutrina quanto na legislação, a ideia da revisão contratual. Esta, como mencionado, possibilita ao Estado, por meio do juiz, rever os termos contratuais no intuito de reestabelecer o equilíbrio rompido em virtude do advento de fato inesperado, como uma crise grave no cenário internacional, por exemplo, que acaba onerando demasiadamente a prestação a ser realizada por uma das partes contratantes.

É exatamente dentro desse contexto acima reportado que ganha espaço o tema do presente trabalho, qual seja, a eficácia externa do fenômeno contratual, o qual pressupõe a releitura do princípio da relatividade dos contratos, considerado verdadeiro dogma, sobretudo no período liberal. Ora, sendo o contrato o principal instrumento de circulação da riqueza, é evidente que seu papel, bem como sua importância, não se restringem às partes contratantes. Na verdade, ele desempenha um papel social fundamental. Por isso mesmo, seus efeitos podem em muitas situações extrapolar a esfera jurídica dos contratantes, repercutindo no âmbito social.

Para entender tal repercussão, porém, é importante ressaltar o papel de outro princípio extremamente relevante no atual contexto. Trata-se da função social dos contratos. Para ser mais exato, a função social dos principais institutos jurídicos, como a propriedade, a empresa e, por fim, como dito, o instrumento contratual. O que revela, sem dúvida alguma, uma mudança de concepção do fenômeno jurídico, deixando patente a perda de prestígio da análise estrutural do direito, em decorrência de uma visão funcionalizada dos principais instrumentos jurídicos. Com isso, todo o ordenamento deve viabilizar a promoção de valores fundamentais, como os reconhecidos pelo texto constitucional.

A ideia de função social se caracteriza exatamente por traduzir a necessidade de harmonização entre o interesse do titular do direito e os interesses sociais. Esse é um aspecto extremamente relevante do ponto de vista prático. Isso porque, durante muito tempo, acreditou-se que, na esteira dos valores liberais, o titular do direito poderia exercê-lo como bem lhe aprouvesse, podendo, inclusive, a seu bel prazer, deixar de exercê-lo.

Aos poucos, no entanto, o homem parece ter se conscientizado de que não vivemos isolados. Ao contrário, vivemos em sociedade e, por isso, tudo aquilo que cada um de nós realiza acaba repercutindo na esfera jurídica dos demais. Daí, portanto, a necessidade de harmonização dos interesses (público e privado). Mesmo porque é evidente que não podemos simplesmente passar por cima do interesse individual, em toda e qualquer situação, tão somente para resguardar o interesse do grupo social. Como dito, a preocupação deve girar em torno da harmonização. Essa, aliás, é a palavra chave para entender o princípio em questão. Não se sustentado, é claro, a ideia da simples subordinação do privado em relação ao público, sobretudo a partir dos supracitados princípios constitucionais, que põem a pessoa humana como principal valor a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

O princípio da função social, porém, quando analisado na perspectiva das relações contratuais, acaba repercutindo tanto no âmbito interno, atinente à relação entre as partes contratantes, quanto no âmbito externo, referente à relação entre os contratantes e o grupo social do qual fazem parte.

Internamente, a função social traz como consequência a mitigação da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), além de reforçar a proteção da parte mais vulnerável da relação contratual, algo bastante evidente em uma relação de consumo, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Sem contar, é claro, a proteção de direitos individuais relativos à dignidade da pessoa humana, também inerente à essa eficácia interna da função social, em consonância com o princípio constitucional autônomo, consagrado no art. 1º, inciso III, da Lei Maior.

Do ponto de vista externo, a função social do contrato pode ser percebida nas hipóteses em que o contrato gera efeitos perante terceiros, bem como naquelas situações inversas, ou seja, em que uma conduta de terceiro repercuta na relação contratual.

É exatamente essa ideia de eficácia extrínseca ou externa da função social do contrato que joga por terra, de uma vez por todas, o princípio da relatividade dos contratos, como se o fenômeno contratual, na feliz expressão de Flávio Tartuce (2010), fosse uma espécie de bolha ou corrente que somente interessasse aos contratantes.

Na verdade, como foi acima frisado, o contrato é claramente um fenômeno social que, por isso mesmo, interessa não apenas às partes celebrantes, mas ao grupo social como um todo. É, aliás, como muito bem constata o jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti: “A análise particularizada no contrato impede, muitas vezes, perceber a globalidade do ‘negócio’ celebrado. A venda a baixo preço (contrato) pode objetivar a eliminação de um concorrente (negócio) e transformar-se em ilícita à luz da regulamentação da concorrência.” (LORENZETTI, 1998, p. 541)

Sendo assim, é patente a necessidade de releitura da ideia de relatividade dos contratos, bastante difundida no Estado Liberal, mas que não mais se coaduna com os valores e características do atual contexto. Nesse sentido, é passada a hora de percebermos que o contrato é fenômeno que não interessa apenas aos contratantes, mas à sociedade como um todo.

Felizmente, aos poucos, a doutrina e a própria legislação parecem acordar para tal realidade. Tanto é verdade que alguns dispositivos legais já parecem reconhecer tal problemática.

Assim, por exemplo, prevê o CDC, em seus arts. 12 a 14, a responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor por acidente de consumo. Trata-se da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém adquire um forno micro-ondas que vem a explodir em virtude de um determinado defeito, causando danos ao consumidor.

Para essa hipótese, dispõe o art. 17 do mesmo estatuto legal que: “para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” Isso significa que mesmo um terceiro, estranho à relação de consumo, também pode invocar a aplicação do Estatuto consumerista, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade objetiva do fornecedor.

Como se vê, esse importante dispositivo legal se justifica muito claramente pelo fato de um determinado contrato, gerador de uma relação de consumo, poder produzir efeitos também em face de um terceiro, estranho a essa relação. Daí, a possibilidade de se estender o regramento consumerista em face de quem não participou da relação de consumo, numa clara alusão à ressaltada eficácia externa dos contratos.

No mesmo sentido, a Lei n.º. 8.884/94, ao estabelecer mecanismos para a prevenção e repressão de atos ofensivos à ordem econômica, dispõe, em seu art. 20, que:

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros.”

Mais uma vez, é fácil perceber que o fundamento deste último dispositivo legal se assenta na possibilidade de um determinado contrato, celebrado entre duas ou mais pessoas jurídicas, repercutir sobre a ordem econômica, limitando ou suprimindo a concorrência. Trata-se, evidentemente, de uma repercussão externa do contrato, que ultrapassa em muito a esfera jurídica das partes contratantes.

O problema, porém, é que a doutrina dominante ainda parece presa à concepção tradicional, que defende a relatividade dos contratos, como se de fato estes dessem origem a uma bolha que em nada interessa ao grupo social do qual os contratantes fazem parte.

É, aliás, o que observa Orlando Gomes, que muito bem sintetizou o princípio em questão. Segundo ele:

“O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros”. (GOMES, 2007, p. 65)

No mesmo sentido, é a lição de Carlos Roberto Gonçalves, segundo o qual:

“Funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-se ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio. Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção.” (GONÇALVES, 2004, p. 26)

Como decorrência do referido dogma (relatividade dos contratos), é corrente na doutrina a afirmação de que os direitos reais são absolutos, o que significa que são oponíveis *erga omnes*, isto é, contra todos, enquanto que os direitos de crédito são relativos, oponíveis apenas entre as partes. A título de exemplo, costuma-se afirmar que quando alguém celebra uma promessa de compra e venda, assumindo a posição de promitente comprador, ele se torna titular apenas de um direito de crédito e não de um direito real. Isso significa que, caso o promitente vendedor resolva descumprir a avença, negociando o imóvel com outra pessoa, que, por sua vez, vem a registrá-lo no cartório de Registro de Imóveis, o primeiro contratante não terá ação contra o adquirente do bem. Neste caso, em função da relatividade dos contratos, deverá ele se contentar com uma ação indenizatória a ser proposta contra aquele que negociou o bem duas vezes.

Em contrapartida, caso a referida promessa seja registrada no Cartório de imóveis, nascerá para o interessado um verdadeiro direito real de aquisição, oponível, portanto, contra todos, e não apenas contra a outra parte contratante.

Como se vê, esse entendimento, totalmente sedimentado no meio jurídico, assenta-se claramente na ideia de relatividade dos contratos. Como se estes não pudessem alcançar ou produzir efeitos em relação àqueles que dele não participaram.

Como ressaltado, porém, essa ideia não mais se sustenta no atual contexto. Até porque, não é demais repetir, a importância e os efeitos das relações contratuais em muito extrapolam a esfera jurídica das partes contratantes.

Com isso, além da releitura dos princípios contratuais clássicos, principalmente do princípio da relatividade dos contratos, torna-se inegável também a necessidade de uma análise crítica dos critérios de distinção entre os direitos reais e os direitos de créditos. Estes, com base na perspectiva ora proposta, parecem se reaproximar no atual contexto. Nesse sentido, em face da ressaltada eficácia externa da função social do contrato, parece razoável entender que, desde que seja dada publicidade ao direito do promitente comprador, este poderia, também, opor esse seu direito a terceiros, não havendo a necessidade de conceber tal direito como um direito real, para que essa oponibilidade possa ser viabilizada. O fundamento seria exatamente o desrespeito à função social, em sua perspectiva extrínseca, que deve nortear as relações contratuais.

Por outro lado, o princípio da relatividade dos contratos, ao ser levado ao pé da letra, como ainda defende a doutrina clássica, parece trazer consequências ainda mais sérias do ponto de vista prático. Isso porque, a partir do momento que entendemos o contrato como uma bolha, ou corrente, que diz respeito apenas às partes contratantes, nós impossibilitamos a atuação de terceiros no sentido de questionar ou invalidar determinada cláusula, ou, ainda, a relação por inteiro em virtude de atentar contra um valor social, que naquela situação pode ter sido ofendido.

Nesse sentido, é importante ressaltar que por mais que o interesse privado não possa ser o tempo todo subjugado pelo interesse público, como se este sempre merecesse destaque em relação àquele, é natural, em determinadas situações, que deva prevalecer o interesse social. O ideal, porém, como dito, é a harmonização entre tais interesses, para que, de modo geral, nenhum deles seja de antemão considerado preponderante perante o outro.

De todo modo, para aquelas situações em que deva prevalecer o interesse social, pode tornar-se premente a necessidade de intervenção de terceiros no âmbito de uma determinada relação contratual. Por isso mesmo, nessas situações, é justo que a parcela da população atingida pelos efeitos prejudiciais de um contrato esteja habilitada a ajuizar uma ação no sentido de questionar a validade de uma cláusula específica, ou, até mesmo, do contrato com um todo. Tal fato se justifica exatamente em decorrência da eficácia externa dos contratos, que inegavelmente podem trazer prejuízos para terceiros, muito embora nenhum destes tenha sido parte da avença.

Da mesma forma, deve o Ministério Público, como fiscal da lei e como órgão responsável pela tutela dos interesses sociais e difusos, estar habilitado a intervir quando houver necessidade, no sentido de impugnar determinada relação contratual considerada lesiva aos interesses públicos.

O problema é que, dentro da perspectiva tradicional ainda dominante no meio jurídico, o contrato só produz efeitos entre as partes. Sendo assim, ninguém mais a não ser os próprios contratantes tem legitimidade para impugnar qualquer relação contratual da qual não tenha feito parte.

Ainda nesse sentido, percebe-se que essa postura tradicional acaba ensejando outro problema bastante complicado. Ora, quando partimos do pressuposto que as relações contratuais dizem respeito somente às partes contratantes, nós acabamos por negar legitimidade aos próprios contratantes no sentido de agir perante terceiros, que obviamente não participaram da avença, com o objetivo de tutelar a relação contratual estabelecida.

Recentemente, tivemos um claro exemplo dos danos que podem advir de situações como a acima retratada. Como foi amplamente divulgado na mídia, o cantor Zeca Pagodinho havia firmado um contrato com uma determinada cervejaria, a qual obviamente exigia exclusividade de seu garoto propaganda. De fato, vários anúncios já haviam circulado, utilizando a imagem do referido cantor. Curiosamente, porém, pouco tempo depois da veiculação das primeiras propagandas, outra empresa do ramo cervejeiro interveio na relação que já havia sido firmada e disponibilizando-se pagar quantia superior àquela que o aludido artista já havia recebido acabou estimulando a quebra do contrato anterior, como realmente ocorreu.

Neste caso, temos claramente uma situação contrária em relação àquela acima reportada. Mesmo porque, não se trata de contrato prejudicial ao interesse público, mas sim interferência danosa de terceiros em face do vínculo contratual previamente estabelecido.

De todo modo, com base no princípio da relatividade dos contratos, podemos chegar à mesma conclusão que foi acima reportada, qual seja, a inviabilidade da atuação do contratante prejudicado em relação ao terceiro predador, única e exclusivamente pelo fato deste não ter sido parte na relação contratual por ele estabelecida. O que, convenhamos, não mais se justifica.

É, aliás, o que afirma Tereza Negreiros, segundo a qual:

“Sai fortalecida, pois, a tese de que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios.” (NEGREIROS, 2006, p. 272)

No mesmo sentido, é o teor do enunciado aprovado pelas Primeiras Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho de Justiça Federal, segundo o qual: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”

(in)eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Tributário

Dispõe o Código Tributário Nacional:

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Neste dispositivo encontramos uma restrição ao direito de contratar, não no seu aspecto interno, ou seja, nos efeitos perante seus signatários, mas, uma limitação externa da fonte obrigacional (contrato) perante o Estado.

Podemos explicar, procurando a melhor didática, que o artigo 123 do CTN, imperativamente dispõe que particulares não podem obstar o exercício do fisco, alegando que entabularam determinado negócio privado incumbindo a uma pessoa (e eximindo outra) a responsabilidade de pagar um tributo. Isto significa dizer que salvo lei em contrário, o Fisco tem a potestade de cobrar o tributo de qualquer um previsto na lei como sujeito passivo, ainda que outra pessoa (quer natural ou jurídica) espontaneamente se responsabilize com exclusividade, alegando que firmou compromisso em assumir a obrigação tributária. Por outro lado, ainda que haja a disposição acima, ou seja, um contrato particular isentando de responsabilidade tributária determinada pessoa, caso haja previsão legal de multiplicidade de sujeitos passivos, o ente fazendário poderá cobrar de qualquer um o tributo previsto na lei.

Para sermos bem didáticos: para o Poder Público, os negócios privados não impedem a cobrança dos tributos em detrimento de qualquer sujeito passivo previsto na lei.

Nesse contexto, observa-se, *prima facie*, uma tensão de direitos na medida em que um negócio jurídico absolutamente legal não tem efeitos perante terceiros *in casu* o Estado.

Todavia, plenamente explicável o dispositivo que ora tratamos.

Sejamos simples e diretos: imagine-se que determinada empresa em situação econômica difícil, devedora do erário, tenha a intenção de não assumir as suas obrigações fiscais. Caso não existisse o artigo 123 do CTN que ora estudamos, bastaria celebrar contratos com pessoas sem patrimônio dispostas a assumir o ilícito da devedora em troca de algum benefício, por simples amizade ou em retribuição de favor anteriormente prestado (como um emprego), estipulando que este último³ se responsabilizaria exclusivamente por todas as dívidas daquela empresa isentando-a de qualquer obrigação, para tornar letra morta a responsabilidade fiscal prevista na lei.

Neste caso hipotético, porém comum, o erário/credor ficaria “a ver navios” na medida em que não encontraria bens suficientes para serem penhorados em razão do inadimplemento daquela empresa devedora que tentou transferir sua responsabilidade,

³ Popularmente conhecido por “laranja”.

o que, obviamente é inadmissível uma vez que, pelo menos em tese, o Estado usa os recursos originados da arrecadação tributária em prol da coletividade. Em conclusão, não se pode aceitar que um particular prejudique toda a sociedade para satisfazer interesse próprio, sobretudo se escuso.

Hipóteses concretas de aplicabilidade do artigo 123 do Código Tributário Nacional

A tentativa de não se pagar tributos através da transferência da responsabilidade fiscal para terceiros através de contratos particulares é comum no Brasil, embora, como acima explicado, ineficaz.

Passemos a ilustrar este trabalho com situações concretas, enumerando-as.

1 – É comum que nos contratos de locação de bens imóveis conste uma cláusula estipulando que o locatário (inquilino) responsabilize-se exclusivamente pelo pagamento do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana) ou o pelo ITR (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural) eximindo o proprietário-locador de tal obrigação.

Não obstante a possibilidade de o locatário assumir a obrigação de pagar os impostos acima, expressamente previstas nos artigos 22, VIII⁴, 23, I⁵ e 25⁶ da Lei 8.245/91 (Lei de Locações) e não existir norma proibitiva no Código Civil, duas razões existem para que o município, no que concerne ao IPTU, ou a União, no tocante ao ITR, possam cobrar do locador ou do locatário a dívida tributária.

A primeira, já abordada, é o disposto no artigo 123 do Código Tributário, isto é, na medida em que o poder público não participou da avença (contrato de locação) não poderá o locador eximir-se da obrigação legal.

O segundo motivo jurídico que impede a exclusão da responsabilidade do proprietário-locador é ainda mais simples, qual seja: o próprio CTN estipula que tanto o locatário quanto aquele que transferiu a posse de seu bem para este, ou seja, o locador, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do IPTU ou ITR. Afinal, dispõe o código tributário:

⁴ Art. 22. O locador é obrigado a:

...

VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;

⁵ Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

⁶ Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente com o aluguel do mês a que se refiram.

“Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domicílio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município.

Art. 31. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.” (grifos acrescidos)

Ora, o Código Civil se encarrega de definir “posse” e o faz no artigo 1.196 que deve ser estudado em conjunto com a cabeça do artigo 1.228 (que trata da propriedade), *in verbis*:

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”

Ora, na exata medida em que o locatário usa o bem locado é, automaticamente considerado pelo direito um “possuidor” do imóvel e, por conseguinte, por força da lei tributária, sujeito passivo do IPTU e do ITR em condição de igualdade com o proprietário.

2 – Na mesma linha de raciocínio do item 1, também é comum aos locadores de imóveis urbanos tentarem se eximir do pagamento de taxas como a de limpeza urbana, iluminação pública, aparelhamento do corpo de bombeiros, segurança pública, dentre outras, transferindo para o locatário, contratualmente, a responsabilidade tributária.

Atualmente, o Código Tributário Nacional:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.” (grifos acrescidos)

Da leitura do artigo acima, conclui-se que o sujeito passivo da taxa é a pessoa que exerce uma atividade provocadora do poder de polícia ou se utiliza de fato ou potencialmente de serviço público. Conclui-se, pois, que não é a propriedade o fato gerador da obrigação tributária e sim o exercício ou utilização que, naturalmente, decorre da posse ou propriedade.

As próprias legislações municipais, por vezes, se encarregam de disciplinar quem são os sujeitos passivos das taxas, como no Código Tributário Municipal de Cuiabá/MT (Lei Complementar n.º. 43/97):

“Art. 270 – Sujeito passivo da Taxa de Licença para Localização são todas as pessoas físicas ou jurídicas que vierem a se instalar ou exercer suas atividades no Município de Cuiabá.

Art. 288 - Sujeito passivo pelo pagamento da taxa de licença para publicidade são todas as pessoas físicas ou jurídicas, às quais direta ou indiretamente a publicidade e propaganda venha a beneficiar.

...

§2º – Responderá solidariamente com o sujeito passivo a pessoa física ou jurídica, proprietária do veículo de divulgação que utilizar publicidade e propaganda sem a devida autorização da Prefeitura, como também o proprietário ou possuidor a qualquer título de imóvel, onde for aplicado ou fixado o veículo de divulgação.”

Assim, tanto em razão da própria legislação municipal elencar o proprietário, bem como, o locatário como sujeitos passivos da obrigação de pagar taxas, o Código Tributário Nacional impede que, por contrato particular, o locador se exima de pagar o tributo em razão da transferência particular estipulada no contrato de locação.

3 – Interessante também a situação em que um vendedor de imóvel recolheu indevidamente IPTU a maior em favor do erário e, por força da escritura pública de compra e venda, transferiu ao adquirente o direito de ajuizar a repetição de indébito perante o município para exigir a devolução do imposto pago a maior.

Seguindo o disposto no artigo 123 do CTN, bem como nos artigos 165 e 166⁷ do mesmo Código, o adquirente não tem legitimidade ativa para pleitear judicialmente a devolução do valor pago a maior pelo alienante, por dois motivos: o primeiro que a escritura pública não tem o condão de transferir a legitimidade ativa de uma pessoa para outra, uma vez que trata-se de avença particular sem a anuência da Fazenda Pública; o segundo motivo é ainda mais simples, na medida em que a repetição deve ser a favor daquele que suportou o ônus de ter pago mais do que devia, ou seja, o vendedor do imóvel.

⁷ Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comporem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

4 – No âmbito da Justiça do Trabalho é comum acordos homologados judicialmente em sede de Reclamação Trabalhista onde autor e réu, de comum acordo, pactuam o pagamento de determinado valor. Em momento seguinte, procuram discriminar as verbas laborais de forma que não incida sobre as mesmas o Imposto de Renda, favorecendo aquele que recebeu o numerário.

Assim, analisando a petição inicial da reclamação trabalhista, observa-se que existe pedido de valores concernentes a vários fatos geradores da obrigação de pagar o Imposto de Renda, nos termos do artigo 43 do CTN⁸, como, por exemplo, salários atrasados.

Como dito, na tentativa de evitar que sobre os valores a serem pagos ocorra a retenção do Imposto de Renda devido ao Erário que sequer participou da lide, reduzindo significativamente⁹ o *quantum* a ser recebido pelo reclamante, as partes estipulam que o montante devido tem como origem parcelas indenizatórias sobre as quais não recai o tributo.

Além do forte indício de sonegação fiscal no comportamento descrito, ainda que *prima facie* não haja o intuito ilícito por parte de ambos os pólos da relação processual, tal avença, ainda que homologada judicialmente, não exime a Fazenda Pública de examinar o referido acordo e, constatando a ocorrência do fator gerador do Imposto de Renda previsto no artigo 43 do Código Tributário, exigir do sujeito passivo o devido pagamento.

5 – Situação diária em execuções fiscais ocorre quando a Fazenda exequente pretende redirecionar a cobrança contra a pessoa natural dos sócios gerentes em razão das infrutíferas tentativas de penhora nos bens da pessoa jurídica devedora.

Nesta hipótese, a jurisprudência ainda vacila sobre as condições para que a cobrança seja revertida contra os administradores da pessoa jurídica devedora principal, em razão dos artigos 134 e 135 do CTN¹⁰. Todavia, no ano de 2009,

⁸ Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (*Parágrafo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001*)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (*Parágrafo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001*)

⁹ A alíquota do Imposto de Renda de Pessoa Física pode chegar a 27,5%.

¹⁰ Responsabilidade de Terceiros

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 435 que possui os seguintes dizeres:

“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”.

Ora, diante desta súmula, a Fazenda Pública tem comumente demonstrado que a devedora “fechou as portas” irregularmente, ou seja, sem observar as disposições legais, permitindo, assim, a penhora dos bens particulares do sócio-gerente.

Em uma atitude por vezes desonesta (e ingênuo), mostra-se muito comum um contrato particular entre os sócios-gerentes e outras pessoas, popularmente conhecidos por “laranjas” no qual estes últimos assumem que eram sócios-gerentes nas épocas em que ocorreram os fatos geradores e/ou vencimento dos créditos tributários na tentativa de eximir o verdadeiro gestor de sua responsabilidade.

Nesta situação, assim como as demais, demonstrado de fato (ou de direito) quem era os administradores da devedora, será absolutamente irrelevante, para efeitos de recuperação do crédito público, aquele documento particular no qual um terceiro assumiu, faltando com a verdade, que seria o responsável pela dívida na medida que era sócio-gerente da executada.

Nesse sentido já publicamos¹¹:

A dissolução de uma pessoa jurídica de direito privado deve ser cercada de cuidados formais a serem tomados por seus administradores.

Dentre as formalidades essenciais à dissolução está a obrigatoriedade de informar à Junta Comercial ou Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, bem como, à Receita Federal, o intuito de encerramento.

Quando uma pessoa que efetivamente gerencia (não somente o sócio-gerente) uma pessoa jurídica (e não somente empresas), negligencia ao dever legalmente imposto de comunicar aos órgãos oficiais a dissolução, comete ato ilícito omissivo.

Diante de um dano causado por ato ilícito perpetrado por qualquer pessoa, constatado também o nexo de causalidade, estaremos diante da responsabilidade do causador, devendo este reparar o prejuízo que gerou.

Como em sede de Execução Fiscal pretende-se recuperar o prejuízo sofrido pelo erário diante do inadimplemento de uma pessoa, caso a responsabilidade pelo dano seja legalmente transferida a terceiros por este ter cometido ato contrário à lei, estaremos

VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

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:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹¹ REZENDE, Elcio Nacur. (coordenador) et alii. *Temas atuais de direito sob a ótica dos advogados públicos*. Belo Horizonte: Mosaico, 2010, p. 93.

possibilitando a Desconsideração da Personalidade Jurídica do devedor primevo (pessoa jurídica) para, graças a ilicitude cometida por seu administrador, permitir que seja cobrado deste a dívida daquela.

A Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, de forma extremamente louvável, não obstante merecer reparos, veio consolidar o raciocínio jurídico que determina que, em razão da ilicitude do sócio-gerente de uma empresa em negligenciar ao dever legal de comunicar aos órgãos oficiais a dissolução, passará a ter responsabilidade pessoal pelas dívidas da empresa que são objetos de Execução Fiscal.

6 - Situação típica da atividade empresarial que se relaciona intimamente com o tema que ora tratamos ocorre nas transformações societárias, quer fusões, incorporações e cisões.

Grosso modo, a fusão¹² ocorre quando duas ou mais empresas reúnem-se formando uma nova pessoa jurídica. Na incorporação¹³, uma empresa denominada incorporadora engloba outra, fazendo com que esta, denominada incorporada, desapareça. Por fim, na cisão¹⁴, uma empresa é fracionada, transformando-se em duas ou mais, podendo, ou não, desaparecer a cindida.

Em qualquer uma das operações acima, vislumbra-se comumente que: na fusão, as empresas originais pactuam que a nova empresa estará isenta de responsabilidade tributária pelos débitos originados de fatos geradores antes do procedimento; na incorporação, estipula-se que a incorporadora não arcará com as dívidas fiscais da incorporada; e, na cisão, a empresa fracionada, por via contratual, pactua que uma das novas empresas será responsável exclusiva pelas dívidas anteriores e a outra(s) surgirá incólume no que concerne às obrigações tributárias.

Vale ressaltar que não estamos a afirmar que nas operações empresariais de fusão, cisão ou incorporação sempre ocorre tal intenção fraudatória. Pelo contrário, tais mudanças são inerentes à atividade privada e, muitas vezes, salutar economicamente falando, pois podem evitar fracassos que certamente acarretarão prejuízos sociais, como o desemprego e até, a *contrario sensu* do que prega-se pelos entes fazendários, uma diminuição da arrecadação tributária, na medida em que poderá ocorrer uma redução da atividade econômica geradora de riqueza e desenvolvimento social.

Mas, caso se pactue contratualmente qualquer das hipóteses narradas no penúltimo parágrafo, ou seja, estipule-se que a nova empresa que surgiu da fusão esteja isenta de responder pelas dívidas tributárias da originais; que a incorporadora está isenta da responsabilidade fiscal da empresa incorporada ou que uma das pessoas jurídicas que surgiram a partir de uma cisão está incólume das dívidas da cindida, tal cláusula contratual não terá qualquer validade perante o erário.

¹² A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76) define: Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

¹³ A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76) define: Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

¹⁴ A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76) define: Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Nesse sentido o Código Tributário Nacional:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”

E o Código Civil:

“Art. 1.115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.”

131

Por tudo que foi exposto, conclui-se que os contratos empresariais que visam à fusão, à incorporação ou à cisão de empresas não poderão fundamentar eventual pretensão do fisco em recuperar créditos inadimplidos das empresas envolvidas por fatos geradores anteriores à operação societária.

7- Ainda que não ocorra uma operação societária como fusão, cisão ou incorporação, uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas pode(m) adquirir o fundo de comércio de uma empresa e passar a geri-la em substituição ao antigo(s) sócio(s).

Entende-se por fundo de comércio como todos os bens corpóreos e incorpóreos que compõem o ativo e o passivo de uma pessoa jurídica de direito privado propiciador do exercício da atividade mercantil. Assim, os bens móveis (equipamentos, máquinas, utensílios em geral, etc.), bem como os bens imóveis (galpão, fazenda, loja, etc.) fazem parte deste conceito.

Caso este conjunto de bens seja transferido para que o adquirente, quer pessoa natural ou jurídica, prossiga com a atividade empresária, haverá a transmissão do fundo de comércio.

Nessa situação, caso o alienante, ainda que de comum acordo com o adquirente, estipulem que aquele que transferiu o fundo de comércio se exima das dívidas fiscais e que o adquirente as assumirá integralmente, tal dispositivo contratual não obstará a cobrança intentada pela Fazenda Pública.

Isto é, se uma empresa operou por algum tempo e inadimpliu com o fisco, em nada adiantará ao sócio-gerente eventualmente responsável tributário que venda integralmente todos os bens da pessoa jurídica para outra pessoa física, pois aquele poderá ser executado em razão do tributo inadimplido.

8 - Com o falecimento de uma pessoa natural, abre-se segundo o Código Civil a sucessão do *de cujus*. Segundo o artigo 1784 da lei civil¹⁵, a propriedade e a posse dos bens do falecido são transmitidas imediatamente para seus herdeiros.

Todavia, existe outro lado da questão. Qual seja: a responsabilidade tributária outrora exclusiva do falecido. Vale dizer que, como se sabe, com a morte de alguém, seus herdeiros devem providenciar a partilha dos bens deixados através de um procedimento judicial ou extra judicial de inventário.

Não obstante, também se forma um ente denominado espólio, composto por um conjunto de bens, direitos e obrigações originados do falecimento que deverão ser geridos por uma pessoa denominada inventariante, até que, por ato final, se ultime a partilha definitiva dos bens entre os herdeiros.

O espólio responderá pelas dívidas tributárias deixadas pelo falecido, pois caso não sejam quitadas, estará obstada a partilha definitiva dos bens. Ou seja, enquanto não forem pagas as dívidas do *de cujus*, os bens não passarão a ser de propriedade dos herdeiros, ficando o inventário impedido de ter sua tramitação final.

Outrossim, ainda que por algum infortúnio não se forme o espólio, os sucessores do falecido que herdarem algum bem ou direito, passam a responder perante o fisco pelos fatos geradores ocorridos na época em que o sucedido estava vivo devido aqueles bens ou direitos. Deve ser frisado que não se herdará dívida, isto é, caso o valor do patrimônio herdado seja inferior aos valores devidos ao fisco, este não poderá extrapolar por ocasião da cobrança o valor transmitido por herança, o que impossibilita que o sucessor seja constrangido a reduzir seu patrimônio em razão de sua qualidade.

Ressalte-se que a responsabilidade tributária do espólio e do sucessor é prevista no Código Tributário Nacional:

“Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

...

II – o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III – o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva

¹⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”

Novamente, voltemos ao cerne deste estudo, qual seja: poderá haver algum tipo de negócio privado que acarrete a exclusão da responsabilidade do espólio ou do sucessor? A resposta é negativa.

Ainda que em testamento ou mesmo na transmissão decorrente exclusivamente da lei, não terá oponibilidade contra o fisco eventual cláusula contratual que o testador exima o herdeiro testamentário de pagar tributos relativos ao bem herdado, como, por exemplo, uma dívida de IPTU ou ITR do imóvel objeto da disposição de última vontade.

Também não poderá o magistrado, caso o inventário seja judicial ou o notário, caso o inventário tramite no Cartório de Notas, admitir um acordo entre os herdeiros onde se estabeleça que algum deles assuma responsabilidade tributária exclusiva, eximindo os demais ou mesmo que se possibilite o término do inventário pelo simples fato de algum dos herdeiros ter-se declarado responsável pelo inadimplemento.

Como sabemos, a responsabilidade tributária decorre da lei e, conforme o já cansativamente mencionado artigo 123 do Código Tributário Nacional, convenções particulares como as expostas no parágrafo anterior não terão qualquer eficácia perante a Fazenda Pública, podendo esta, por lógico, cobrar de qualquer dos sucessores ou do espólio dívidas tributárias devidas à época que o sucedido ainda vivia.

9 – Outro exemplo de que um pacto particular não terá efeitos perante o fisco, ocorre na transmissão da propriedade imobiliária, quer em área rural quer urbana, passíveis portanto de responsabilidade tributária pelo pagamento de ITR ou IPTU, respectivamente.

Como sabemos e comentado no item 1 supra, o sujeito passivo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Predial Urbana (IPTU) não é apenas e tão somente o proprietário de um imóvel, mas, também e em solidariedade o possuidor.

Não obstante, as dívidas tributárias que recaiam sobre um imóvel, por possuírem certas características inerentes às obrigações *propter rem*, ou seja, em “razão da coisa”, geram o poder de seqüela, permitindo que a obrigação tributária persiga a coisa, seja lá quem for o seu proprietário. Desta forma, o adquirente de um imóvel, quer comprador, donatário, ou a qualquer outro título, receberá a propriedade e responderá por eventuais dívidas fiscais, ainda que com fato gerador anterior à transmissão.

Por corolário do acima descrito e do artigo 123 do CTN, em nada adiantará constar de um documento particular ou da escritura pública que originou a transmissão qualquer menção que intente isentar de responsabilidade o adquirente, como, por exemplo, o pacto que estabelece que o transmitente arcará com exclusividade por débitos anteriores à venda.

Tal dispositivo, como dito, não obstará que o fisco intente a ação de cobrança contra o atual proprietário, ainda que a dívida tenha sido gerada por inadimplemento anterior à sua aquisição.

Nesse diapasão é que se recomenda veementemente que o adquirente de um imóvel exija certidão negativa de tributos em nome do transmitente, na intenção de não vir a sofrer prejuízo na medida que arcará com débitos a que não deu causa.

Conclusão

Em vista de tudo o que foi acima exposto, é inegável que o princípio da relatividade dos contratos deve ser revisto, no sentido de adaptá-lo ao atual contexto. Conseqüentemente, não há como negar a possibilidade de o contrato produzir efeitos que alcancem (ou não) também terceiros, estranhos à relação estabelecida.

Essa eficácia externa, em consonância com o princípio da função social dos contratos, sobretudo em sua perspectiva extrínseca, é a que mais se adequa à sociedade atual, caracterizada pela contratação em massa e pela abrangente repercussão que muitos contratos podem assumir do ponto de vista prático.

Com isso, atribui-se a possibilidade de terceiros, estranhos à relação contratual, agirem no sentido de invalidar determinada cláusula, ou o contrato em sua totalidade, quando descumprida sua função social, obviamente na perspectiva externa, causando danos que ultrapassem as partes contratantes.

Do mesmo modo, o Ministério Público, como representante dos interesses sociais, passa a assumir função extremamente relevante, podendo atuar toda vez que determinada relação contratual puder acarretar prejuízos para interesses difusos ou coletivos, o que, sem dúvida alguma, representa importante inovação. Mesmo porque, em virtude do predomínio do princípio tradicional, que reputa relativos os efeitos contratuais, este importante órgão institucional normalmente se mantém alheio a toda a discussão mantida no âmbito das relações contratuais.

Por outro lado, sempre que terceiro intervir indevidamente em uma relação contratual, como ocorreu no caso envolvendo o cantor Zeca Pagodinho e a Schincariol, torna-se cabível ao contratante pleitear medidas judiciais de proteção da avença, podendo, inclusive, pretender a invalidade de outra relação contratual que se estabeleceu em prejuízo daquela que já estava em vigor.

Na mesma linha de raciocínio, demonstramos que os contratantes sempre que vislumbrarem o uso do instrumento contratual com objetivo de prejudicar a Fazenda Pública, a eficácia pretendida será inexitosa, portanto ineficaz.

Referências bibliográficas

- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.
- BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. Malheiros: São Paulo, 2002.
- BRASIL. *Código Civil* (2002).
- BRASIL. *Código Tributário Nacional* (1966).
- BRASIL. *Constituição* (1988).
- BRASIL. *Lei das Sociedades Anônimas* (1976).
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos*. Saraiva: São Paulo, v. V.

- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. III.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984, v. 1.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. 12. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006, vol. III.
- REZENDE, Elcio Nacur. (coordenador) et alii. *Temas atuais de direito sob a ótica dos advogados públicos*. Belo Horizonte: Mosaico, 2010.
- REZENDE, Elcio Nacur. DE SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann. FIUZA, César (coord.) et alii. *Direito e negócios empresariais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. Método: São Paulo, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e dos contratos*. 10 ed. Atlas: São Paulo, 2010.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*. Método: São Paulo, 2008, vol. V.

