<u>Anotações sobre o ñmodus operandiò para desconsideração da personalidade jurídica das empresas e do grupo de empresas.</u>

A questão da desconsideração da personalidade jurídica de empresas não é nova. Existem inúmeras decisões judiciais tanto no campo trabalhista, como no cível (em especial no campo do direito tributário, consumerista e falimentar).

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, era criação pretoriana, isto é, para leigos, ñinvençãoò da jurisprudência, puxada do direito externo. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor passou ao direito positivo pelo artigo 28 da citada norma. Subsequentemente a inovação foi acolhida pelas Leis de Infrações à Ordem Econômica (8.884/94 ï artigo 18) e do Meio Ambiente (9.605/98 ï artigo 4º) e Código Civil (Lei 10406/2002 ï art. 50).

Exceção feita à prevista na Lei do Meio Ambiente, a descaracterização exige tenha ocorrido abuso de direito, excesso de poder na administração da empresa, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos. Também a falência ou insolvência e o encerramento ou inatividade da empresa por má administração permitem se aplique a descaracterização e se para para responsabilizar pessoalmente os sócios.

Admite-se, ainda, a descaracterização às inversas, ou seja responsabilizar a pessoa jurídica por atos do sócio quando este se sirva dela para fugir da responsabilidade patrimonial.

Vem se tornando prática reiterada, ainda, a descaracterização da personalidade jurídica dos assim chamados grupos de empresa. Neste caso, descarateriza-se não propriamente a personalidade jurídica da empresa, mas a do próprio grupo tenha sido constituído como tal (art. 265, LSA ï art. 1097, CC) ou se trate de um grupo de fato, identificado pela presença dos mesmos sócios, ou por participação nos mesmos negócios.

Num caso se ignora a pessoa jurídica para alcançar o sócio ou os bens deste escondidos na pessoa jurídica. Noutro, se ignora a autonomia e independência das empresas para alcançar o patrimônio de todas elas.

O pedido de descaracterização da personalidade jurídica ou do grupo é feito normalmente pelo credor e analisado pelo juiz, independentemente da oitiva dos interessados.

Este procedimento reduz a pó o exercício do direito de defesa. Se a descaracterização demanda o reconhecimento de abuso de direito, excesso de poder na administração da empresa, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou ainda da má administração da empresa, é curial que se imponha ao requerente o dever de demonstrar ou evidenciar a existência do fato jurídico e se permita ao requerido a contra-argumentação ou mesmo a contraprova, ciente aqui que se deve ter cautela para não impor ao requerido a ñdiabolica probatioò ou seja a prova de fato negativo.

Desta forma, há necessidade de se chamar o requerido a integrar a lide, citando-o para responder a esse incidente. De outro lado, é necessário se anote a integração da lide pelo requerido no cartório do distribuidor, a fim de que fique constando a existência de ação da qual pode resultar diminuição ou eliminação de seu patrimônio para acautelar interesse de terceiros que com ele tenham negócios.

No direito positivo não há regra legal para isso, mas também não há impedimento.

No direito projetado, optou-se por preservar o direito de defesa e regularizar o procedimento. O projeto de Código de Processo Civil, destacou o capítulo II, artigos 77 a 79, criando um incidente de descaracterização da personalidade jurídica, determinando (art. 78) a citação do sócio para defender-se em 15 dias. A produção de provas é possibilitada; a decisão ï diz a lei ï é interlocutória e impugnável por agravo de instrumento.

Faltou determinar ï depois do acolhimento do pedido de descaracterização ï a anotação da existência da ação contra os requeridos o que é necessário para segurança de terceiros.

O Superior Tribunal de Justiça vinha seguindo essa senda de exigir a demonstração dos requisitos legais para o acolhimento da medida o que por certo pressupõe o exercício do direito de defesa, com a

participação dos ñchamados à responsabilidadeò nas provas a serem produzida.[1]

---

[1] PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.
I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ.
II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida.
Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.
III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.
IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.
V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, "levantar o véu" da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.
VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.
VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos.
Recurso especial não provido.
(REsp 948.117/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO CABIMENTO.
– Impossível o ataque, via mandado de segurança, da decisão judicial que decreta a desconsideração da personalidade jurídica em processo falencial, quando a mesma se acha fundamentada e calcada em elementos fáticos complexos colacionados naqueles autos, cujo reexame é inviável no âmbito do writ, assegurada a defesa pelo meio próprio. RMS 24.070/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 02/02/2009) – Agravo regimental improvido.
(AgRg no RMS 20.240/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 08/02/2010)

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.
1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.
2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.
3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por "possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada", o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.
4. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 693.235/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 30/11/2009)

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. AFRONTA AO ART. 535, I E II, DO CPC.
NÃO-OCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. EXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO.
NÃO-REALIZAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO IMPROVIDO.

Recentemente, porém, no julgamento do Resp. 1.259.018/SP[2] a Ministra Nancy Andrighi, inovando sua posição antes firmada no 948.117, referendou decreto de extensão de falência a grupo de sociedades, estribando-se no fato de que haveria fraude e não haveria nulidade se fosse possibilitado o exercício diferido do direito de defesa.

Essa decisão, autêntico corrupio no pensamento da Corte, é desastrosa para a segurança do instituto, na medida em que parte para presumir fraude, sem sequer se possibilitar a parte que a explique. Para justificar a espantosa colocação, disse a Relatora, com o concordante cochilo de seus pares, que:

> O tema de mérito deste recurso se resume à possibilidade de extensão da falência da....., sem sua prévia intimação, citação ou oitiva. Com efeito, no processo que originou este recurso, o pedido do síndico de extensão da quebra foi autuado em expediente avulso e deferido, pelo juízo, em primeiro grau, sem a participação da recorrente, destinatária dos efeitos da decisão. O exercício do contraditório foi, com isso, diferido, possibilitando-se a defesa da recorrente apenas por meio de recurso.
> A análise da regularidade desse procedimento não pode, naturalmente, desprender-se das peculiaridades da espécie. Com efeito, não é mais possível, no processo civil moderno,

---

1. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida.
Não há ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.
2. Tendo o Tribunal de origem afastado a tese de cerceamento de defesa ao entendimento de que as provas colacionadas aos autos seriam suficientes para definir a responsabilidade pessoal da sócia minoritária pelas dívidas da sociedade, torna-se inviável o exame da alegada afronta aos arts. 330, I, e 331 do CPC, em face do óbice da Súmula 7/STJ.
3. A não-realização da audiência de conciliação, em razão do julgamento antecipado da lide, não importa em nulidade do processo, uma vez que a norma contida no art. 331 do CPC visa dar-lhe maior agilidade, com harmonização dos princípios da celeridade e instrumentalidade. Ademais, podem as partes transigir a qualquer momento.
4. Tendo o Tribunal a quo considerado possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em face das provas colacionadas aos autos, que demonstrariam a ocorrência de confusão patrimonial, infirmar essa conclusão demandaria ao reexame do conjunto fático probatório, o que inviável em sede especial.
Incidência da Súmula 7/STJ.
5. A impossibilidade de reexame das provas dos autos inviabiliza o recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, porquanto não há como se demonstrar a similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado.
6. Agravo regimental improvido.
(AgRg no Ag 1050276/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 16/02/2009)

[2] PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS.
POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.
1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.
2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.
3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.
4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.
5. Recurso especial não provido.
(REsp 1259018/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011)

> tomar a apreciação de uma causa baseando-se exclusivamente nas regras processuais sem se considerar, em cada hipótese, as suas especificidades e, muitas vezes, a evidência com que se descortina o direito material por detrás do processo. Hoje está muito claro, tanto na doutrina como na jurisprudência, que as regras processuais devem estar a serviço do direito material, nunca o contrário.
> O exercício do contraditório foi, com isso, diferido, possibilitando-se a defesa da recorrente apenas por meio de recurso.
> A análise da regularidade desse procedimento não pode, naturalmente, desprender-se das peculiaridades da espécie. Com efeito, não é mais possível, no processo civil moderno, tomar a apreciação de uma causa baseando-se exclusivamente nas regras processuais sem se considerar, em cada hipótese, as suas especificidades e, muitas vezes, a evidência com que se descortina o direito material por detrás do processo. Hoje está muito claro, tanto na doutrina como na jurisprudência, que as regras processuais devem estar a serviço do direito material, nunca o contrário.

Exercer direito de defesa apenas em sede recursal é de cabo de esquadra. Não existe mais o princípio do duplo grau de jurisdição e, no moderno entender da Corte, com a ñdefesa recursalò as provas deverão ser feitas no agravo de instrumento. Como, não disse!

Para o prevalecimento da boa justiça, espera-se que a decisão comentada seja esquecida pelas decisões posteriores da casa.

O que se pode concluir é que a razão exige que antes dessas decisões de extensão de responsabilidade, se possibilite aos ñrequeridosò a apresentação de suas razões de defesa e, inclusive, produzam a prova que necessitam para fazer valer seu direito, instaurando um autentico incidente processual para o efeito.

Nada demais se fazer isso que é possível por falta de impedimento legal no direito positivo e é procedimento consagrado de ñlege ferendaò o qual, se vingar, terá o mérito de impedir desastres como o acima mencionado.

São Paulo, novembro de 2.011.