

RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: USO E ABUSO

I - INTRODUÇÃO

A legislação brasileira contempla uma série de hipóteses de responsabilidade direta dos sócios e administradores, solidária ou subsidiária, aplicáveis a diversos ramos do direito. Nos últimos tempos, a responsabilidade dos administradores vem se intensificando ainda mais com a aplicação, algumas vezes de forma abusiva, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A empresa é, inquestionavelmente, o veículo para a geração de riquezas no país e deve ser incentivada como base para a persecução dos princípios que norteiam a Ordem Econômica, estampados no artigo 170 da Constituição Federal.

Assim, vale reiterar um importante princípio, por mais óbvio que seja: sem a empresa, pessoa jurídica, com existência distinta da de seus sócios a atividade empresarial não teria atingido o estágio atual¹. Isto implica necessariamente na limitação de responsabilidade.

As empresas geralmente têm início a partir da visão pessoal de um empreendedor e, em seu primeiro estágio de desenvolvimento, são extensões de sua propriedade individual. Entretanto, à medida em que crescem, prosperam e evoluem, transformam-se gradualmente em organizações cada vez mais complexas, burocratizadas, com crescentes responsabilidades econômicas e sociais nas comunidades onde atuam. Estes empreendimentos tornam-se então atores críticos na tarefa de reunir os fatores da produção para gerar riqueza, renda e emprego.

¹ Ripert já realçava a importância do fenômeno das Sociedades por Ações ao capitalismo: “Desde um século, não são mais os homens que detêm as grandes posições do comércio e da indústria, forma eliminados pelas sociedades por ações. Nenhum fato é mais importante do que este para a compreensão do regime capitalista. Sobre tal ponto, os economistas contemporâneos estão de acordo, e em todos os países. Cito alguns ao acaso. Dizem eles: “O capitalismo moderno não teria podido se desenvolver se a sociedade por ações não existisse” (WALTER LIPPMANN, *A cidade livre*, 1938, pg. 329). Ou ainda: “Em nenhuma parte algures o capitalismo teria encontrado melhor meio para aumentar seu poder, nenhum outro instrumento poderia melhor assegurar sua supremacia” (J. LHOMME, *Capitalismo e economia dirigida na França contemporânea*, 1942, pg. 15). Foi “a maior descoberta dos tempos modernos, mais preciosa que a do vapor e da eletricidade” (NICHOLAS MURRAY BUTLER, citado por WALTER LIPPMANN, *op. cit.*, 1938, pg. 32). A grande produção “não seria melhor concebida sem esse achado jurídico do que sem as grandes invenções das ciências físicas” (NOGARO, *Elementos de economia política*, 4ª ed., 1936, t. I, pg. 25)” (RIPERT, George – Rio Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 58)

O empreendedor deve sempre buscar, no processo de criação e gestão de empresas, a maximização de seu valor, através do aumento da produtividade dos fatores de produção. Ele é um dos mais importantes atores de uma sociedade que se rege pelo livre mercado, pois aglutina os diferentes fatores de produção, gera empregos, impostos, enfim, riqueza para si e para toda a sociedade. A produtividade do fator de produção *capital* se amplia, quanto mais eficiente for a utilização do mercado de capitais, pois este é insuperável instrumento alocativo na economia de um país. Como resultado deste processo, a remuneração do empreendedor é maximizada não só pelo recebimento de dividendos correntes, mas também em decorrência da reinversão de parte dos lucros correntes visando percepção de maiores dividendos no futuro.

Assim, os resultados das empresas, que inicialmente são de interesse apenas do(s) fundador(es), gradualmente vão se tornando cada vez mais vitais para a coletividade como um todo. A partir de um determinado momento, a preservação da empresa é um objetivo social da maior relevância.

O desenvolvimento quase sempre envolve a atração de capitais adicionais aos dos fundadores/controladores, pois o sucesso requer contínuos investimentos tanto de natureza quantitativa como qualitativa. Atualmente, existe uma forte preocupação da comunidade de investidores sobre a adoção pelas empresas de boas práticas de Governança Corporativa.

Governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.

A expressão é designada para abranger os assuntos relativos ao poder de controle e direção de uma empresa, bem como as diferentes formas e esferas de seu exercício e os diversos interesses que, de alguma forma, estão ligados à vida das sociedades comerciais.

Governança corporativa é valor, apesar de, por si só, não criá-lo. Isto somente ocorre quando ao lado de uma boa governança temos também um negócio de qualidade, lucrativo e bem administrado. Neste caso, a boa governança permitirá uma administração ainda melhor, em benefício de todos os acionistas e daqueles que lidam com a empresa.

Por mais que o mercado de capitais brasileiro tenha se desenvolvido, ainda não atingiu sua plenitude como fornecedor de capital estável “não exigível” para as companhias. Como consequência, as empresas e o país cresceram menos do que se

esperava, o capital das companhias não se diluiu como deveria acontecer e o perfil de propriedade atualmente se caracteriza pela existência da figura do “Acionista Controlador”. No Brasil, a quase totalidade das companhias, fechadas ou abertas (aquelas cujos valores mobiliários são negociados em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado), tem acionistas controladores.

Em decorrência da insuficiência de recursos do mercado acionário brasileiro, os Fundos de Private Equity (FPE) e os Fundos de Venture Capital (FVC) vêm crescentemente aumentando de relevância como supridores de capital para as empresas brasileiras. Mais recentemente, inclusive, algumas das empresas apoiadas por tais fundos lograram fazer Oferta Pública de Ações muito bem sucedidas - ALL, DASA, GOL e SUBMARINO – muito em função da visão que o mercado tinha de que tais empresas são bem administradas, com boa governança corporativa, alto nível ético, entre outros fatores.

Assim sendo, a atuação desses fundos é da maior relevância não só como agentes complementares do mercado de capitais, mas também como apoiadores de novos empreendimentos e de alimentadores de futuras companhias que se tornarão abertas e ingressarão no mercado acionário.

II - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES

O nosso sistema jurídico contempla uma séria de hipóteses de responsabilidade solidária ou subsidiária, de sócios e administradores de empresas, por atos próprios, quando tenham agido com dolo ou culpa, ou com violação à lei ou ao estatuto ou contrato social. Tal responsabilização é direta, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, a qual trata de hipóteses em que se verifica uso abusivo da pessoa jurídica por parte de seus sócios e administradores.

A título exemplificativo, relacionamos algumas leis que versam sobre o tema:

Código Tributário Nacional

Dispõe o artigo 134 do Código Tributário Nacional:

“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 foram responsáveis:

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedades de pessoas.”

A responsabilidade aqui somente se dará (1) nos atos e omissões que forem responsáveis e que impossibilitem a exigência do cumprimento da obrigação

tributária e (2) quando da liquidação das sociedades de pessoas, assim entendidas como aquelas em que predominam os vínculos pessoais entre os sócios, em oposição às sociedades de capital, especialmente as sociedades por ações, onde se sobrepõe a comunhão de capitais para exploração da atividade empresarial.

Outra disposição neste sentido vamos encontrar no artigo seguinte, assim redigido:

“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.”

Este dispositivo prevê a responsabilidade pessoal dos administradores pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, ou com infração de lei, contrato social ou estatuto.

Deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado no sentido de que essa responsabilidade só existirá se, conjuntamente com o ato do administrador, a empresa tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida, ou seja, se os atos dos administradores causarem a insolvência da empresa. Esta manifestação do STJ reforça o conceito de responsabilização por atos praticados com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto.

Lei das Sociedades por Ações

Neste mesmo sentido da responsabilização de administradores temos o disposto no artigo 158 da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76):

“Art. 158 - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições e poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto”.

Este artigo prevê a responsabilidade direta do administrador quando este agir com culpa ou dolo, ou com violação à lei ou ao estatuto. O artigo 159, por sua vez, prevê que compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio, incluindo em seu parágrafo 7º que a ação prevista no *caput* do artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

Cuidam as normas em questão das hipóteses de responsabilidade dos administradores e dos instrumentos postos à disposição da companhia, seus acionistas e terceiros prejudicados, a fim de buscar a reparação de prejuízos ocasionados por atos ilícitos produzidos pelos administradores no exercício de suas funções.

Estando a conduta do administrador (seja ação ou omissão) contida no âmbito dos poderes regulares de gestão e que são ínsitos à função administrativa, a responsabilidade civil em exame apenas sucederá quando e se comprovada a existência de dolo específico ou eventual (vontade manifesta de causar o prejuízo, ou a assunção consciente do risco de produzi-lo) ou, ainda, nos casos de culpa (imperícia, imprudência ou negligência).

III - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Não bastasse o fato de que uma série de leis já estabelecem, em determinados casos, a responsabilidade direta, solidária ou subsidiária, de administradores e sócios de empresas, tem-se notado, nos últimos tempos, o uso abusivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, gerando como conseqüência a inibição da atividade empresarial, em detrimento do crescimento do país. Não são raras as vezes em que a responsabilidade direta, solidária ou subsidiária, dos sócios e administradores, acabe sendo confundida com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

São cada vez mais freqüentes os exemplos de pessoas que foram – ou são – sócios (ou procuradores de sócios, o que é mais grave), conselheiros de administração, diretores ou até mesmo gerentes de empresas e que são surpreendidos com o bloqueio de seus bens, muitas vezes por penhoras *online* efetuadas em fase de execução, para pagamento de dívidas trabalhistas (a grande maioria dos casos), tributárias ou previdenciárias, não porque abusaram da personalidade jurídica ou perpetraram fraude, mas tão somente pela incapacidade financeira da empresa em honrar determinada dívida.

Vale lembrar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem suas origens no direito anglo-saxônico. A origem da teoria se deu nos Estados Unidos,

em 1809, com o caso *Bank of Unites versus Devaux*. No entanto, o caso de maior repercussão, e que parece ter lançado mundialmente a teoria da *disregard doctrine*, ocorreu na Inglaterra no início do século XIX, com o famoso precedente *Salomon versus Salomon & Co*.

Reputa-se que a introdução desta teoria em nosso sistema legal foi realizada pelo renomado jurista e professor Rubens Requião, na década de 60, quando não havia disposição legal tratando do assunto no Brasil.

Atualmente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ser encontrada em diversos diplomas legais: novo Código Civil (art. 50), Código Tributário Nacional (Lei nº 9.605/98), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) e Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Há quem também defenda a existência do instituto no Direito do Trabalho.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma exceção ao princípio da separação patrimonial da empresa e dos seus sócios e, como o próprio nome infere, consiste na extensão aos sócios e administradores de determinadas obrigações da sociedade, nas hipóteses de utilização indevida da pessoa jurídica em situações como fraude, simulação e abuso da personalidade.

O consagrado Rubens Requião em monografia pioneira sobre o tema afirma que “...o que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)”. (“Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, Revista dos Tribunais, v. 410, 1969, São Paulo)

IV – BREVE ANÁLISE DAS HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Direito do Trabalho

Começamos pelo Direito do Trabalho, onde existem defensores do instituto da desconsideração da personalidade jurídica entendendo que o § 2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o consagra, apesar de não haver disposição legal expressa que permita a desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho.

O mencionado § 2º do art. 2º está assim redigido:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

A simples leitura deste dispositivo legal, que trata da relação de emprego entre empresas do mesmo grupo, corrobora o antes afirmado quanto à inexistência da autorização para o uso da desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, há inúmeras decisões judiciais que responsabilizam os sócios e administradores por dívidas trabalhistas da sociedade, em especial nas situações de insolvência da mesma ou da dificuldade de se localizarem bens de sua propriedade para serem penhorados.

Grande parte dessas decisões é tomada sem qualquer averiguação da existência de abuso da personalidade jurídica ou ato ilegal de administradores da sociedade. O que se vem observando é a penhora dos bens dos sócios e administradores apenas verificada a insuficiência dos bens da sociedade, sem que os titulares dos bens penhorados constem no título executivo ou ao menos sejam ouvidos.

Interessante notar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio de seu Enunciado nº 205, dispunha que não podia ser sujeito passivo na execução o responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não constou do título executivo judicial. Assim, a execução somente poderia ser interposta contra a sociedade constante no título executivo. O simples fato de a sociedade para qual o empregado prestava serviços ter falido, não autorizaria a extensão dos efeitos da execução trabalhista às demais sociedades integrantes do mesmo grupo econômico. Entretanto, este Enunciado foi cancelado pela Resolução nº 121, de 2003, o que demonstra um claro retrocesso do TST em relação à matéria, que estava tão bem disciplinada.

Novo Código Civil

O Código Civil anterior, de 1916, consagrava o princípio da separação entre empresa e respectivos sócios em seu artigo 20, que assim dispunha:

“Art. 20 – As pessoas jurídicas têm existência jurídica distinta da dos seus membros”.

O novo Código Civil não reproduziu o dispositivo acima e ainda positivou, como regra geral de direito civil, não só a responsabilidade especial dos administradores

com a extensão de determinadas obrigações da sociedade ao seu patrimônio social, mas também a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com a extensão da responsabilidade social aos sócios, conforme capitulado em seu artigo 50:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

O desvio de finalidade, nesse caso, configura-se pela utilização da sociedade para finalidades diversas daquelas estabelecidas em seu objeto social, ou seja, a utilização da sociedade para atender propósitos distintos daqueles em função dos quais a mesma foi formalmente constituída.

Por confusão patrimonial deve-se entender a ausência de distinção entre o patrimônio social e o patrimônio de um, alguns ou todos os sócios, refletindo a falta de uma nítida separação entre a massa patrimonial da sociedade e aquela do(s) sócio(s).

O abuso da personalidade jurídica e, principalmente, a confusão patrimonial ocorrem na grande maioria dos casos em pequenas empresas constituídas sob a forma de sociedades de pessoas. Com menos frequência, ocorrem em sociedades de capital, notadamente as companhias abertas, das quais é exigido um elevado grau de transparência de seus atos.

A opção legislativa parece ter sido influenciada pela busca de uma responsabilização mais efetiva dos atos ilegais dos sócios e administradores, sempre que a personalidade jurídica for utilizada com abuso, posição que os Tribunais já haviam consagrado. Note-se, entretanto, que apesar de conter conceitos bastante amplos e genéricos, o dispositivo é direto ao dispor que a extensão das obrigações aos sócios e administradores somente ocorrerá no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Há quem defenda que esta redação permite inferir que todo o desvio de finalidade caracteriza abuso da personalidade jurídica, o que não parece ser o melhor entendimento, notadamente nos casos de simples ampliação ou interpretação de um objeto social.

Neste sentido entendemos ser imperiosa a inserção do antigo artigo 20 do Código Civil anterior, como caput do atual artigo 50, como forma de aperfeiçoar a sua

redação, visando reforçar o conceito de distinção patrimonial como condição da autonomia da personalidade jurídica, e prevê a perda dessa autonomia nas situações de abuso tal como pretendido pelo legislador.

Código de Defesa do Consumidor

O artigo 28 deste diploma legal está assim redigido:

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”“.

Conforme se denota, o Código de Defesa do Consumidor prevê uma ampla gama de hipóteses que acarretariam na desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo repetindo dispositivos legais que tratam da responsabilidade direta de sócios e administradores.

O seu parágrafo 5º também prevê que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. No entanto, há que se interpretar que o “obstáculo ao ressarcimento” tenha se estabelecido de maneira ilegal, como abuso da pessoa jurídica ou qualquer artifício doloso para se esquivar da obrigação à qual normalmente a pessoa jurídica estaria obrigada”^{2,3}

² Entretanto, há entendimento que o parágrafo 5º do artigo 28 foi vetado pelo Presidente da República quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, por um Desconsideração – Plano Diretor.doc

Lei Antitruste

A Lei Antitruste copiou integralmente o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor ao prever que:

“Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Direito Ambiental

O artigo 4º da Lei 9.605/98 dispõe que:

“Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

aparente erro de tipografia, o parágrafo que foi retirado do diploma legal foi o parágrafo 1º, então assim redigido: “§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram”. As razões para se entender que houve um equívoco quando da retirada do parágrafo 1º e não a do parágrafo 5º, reside na própria razão de veto exposta pelo Presidente da República, na qual este afirma que “o caput do artigo 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.

³ Zelmo Denari com a autoridade de ser um dos autores do anteprojeto da Lei 8.078/90, postula mesmo o “aberratio ictus da caneta presidencial”. O parágrafo a ser vetado teria sido o 5º, e não o 1º, como apareceu no diário oficial, que segundo Denari é essencial para a aplicação do artigo. Para que se coteje com o texto do §5 e, à luz da razão do veto, aprecie-se assim a procedência da tese de Zelmo, transcrevemos abaixo o parágrafo vetado e as razões do veto:

“§ 1º. A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram.”

Razão do veto:

“O caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.” (Denari, Zelmo in “Código de Defesa do Consumidor, Comentários pelos autores do Anteprojeto”. Pag. 132.)

A redação deste dispositivo, semelhante ao disposto no § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, parece estabelecer que basta a personalidade jurídica emergir como um obstáculo para a reparação de danos ao meio ambiente, que haverá a responsabilização imediata dos sócios, desconsiderando a existência em separado da sociedade. Na linha já consagrada na doutrina brasileira, a desconsideração é conseqüência não só da insuficiência de meios para a execução, mas também da existência de atos ilegais, fraude ou abuso da personalidade jurídica. Não obstante, nem sempre a jurisprudência tem observado isto.

V - O ABUSO NA ADOÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO REGRA E NÃO COMO EXCEÇÃO

Não há qualquer dúvida de que em determinadas situações pode-se encontrar argumentos mais fortes em prol da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mormente quando for comprovado ato ilegal, fraudulento, emulativo, ou ainda, nos dizeres do Código Civil, abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

Entretanto, mesmo que se possa admiti-la, não que ser atendidos alguns mínimos pressupostos estabelecidos no nosso ordenamento, conforme já explicado acima.⁴⁵

Há que se reconhecer que, em várias decisões, os Tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, têm reconhecido a importância da cautela na aplicação da teoria da desconsideração⁶. Gustavo Tepedino, ao comentar o art. 50

⁴ Conforme ensina Luis Gastão Paes de Barros Leães: “A desconsideração da personalidade jurídica, como técnica excepcional de modificação de centro de imputação, deve ser de aplicação restrita, como exceção à regra geral da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro, e ser aplicada nos casos concretos só quando ausentes os pressupostos da validade e licitude – da personalização” (in “Pareceres”. Vol. I. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 383. Grifou-se)

⁵ O consagrado Rubens Requião em monografia pioneira sobre o tema afirma que “...o que se pretende com a doutrina do disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)”. (“Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, Revista dos Tribunais, v. 410, 1969, São Paulo)

⁶ Claudia Lima Marques, ao comentar o art. 28 do CDC, cita o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na linha do que aqui defendemos: “Excepcionalidade da medida do art. 28 – Cautela e razoabilidade Embargos de terceiro – Construção de bem do sócio – Desconsideração da personalidade jurídica – ausência de prova para a sua aplicação. a excepcionalidade que deve circundar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual pode facilmente ser vislumbrada pela análise do art. 28 do CDC, exige do juiz extrema cautela, de modo a se evitar a temeridade consubstanciada na injusta investida no patrimônio do sócio da empresa-devedora (TAMG – 1ª Câmara – Ap. Cív. 0360912-9 – rel. Juiz Osmando Almeida)

do Código Civil, reforça a necessidade do atendimento aos pressupostos já comentados na aplicação da teoria citando farta jurisprudência neste sentido:

“A respeito da extensão da aplicabilidade da *disgard doctrine* a jurisprudência pátria vem se posicionando no sentido em que existem pressupostos específicos, relacionados à fraude e a abuso de direito de terceiros, que devem ser observados. O instituto tem por finalidade a proteção de credores lesados e não o benefício da própria pessoa jurídica, e qualquer entendimento contrário a tal premissa implica desvirtuamento da teoria (STJ 4T Resp 35. 281). Assim sendo, por se tratar de medida excepcional, não se lhe pode conferir amplitude exarcebada (STJ 4T Resp 347.524). nessa linha, observa-se que benéficos como da assistência judiciária quando parte por pessoa jurídica, não podem ser a esta estendidos tendo por base a teoria da desconsideração, na medida em que ausentes os pressupostos acima mencionados (TJSP, 7cdp riv; AP civil 181.770-1). Vale dizer também que a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* deve ser demonstrada sob o crivo do devido processo legal (STJ 3T,. Resp. 282.266,) desta forma, inviabiliza-se a medida em sede de liminar, ainda que implicitamente, já tendo se posicionado a esse respeito o STJ, ao afirmar que tal ocorrência é passível de anulação (STJ, 1T, Ag. Reg. Resp 422.583). O STJ tem admitido a desconsideração da personalidade jurídica também como meio de evitar possíveis fraudes e não tão-somente como meio de recompor dano já causado. Para tanto, devem estar presentes elementos probatórios suficientes a embasar tal conclusão, respeitado o devido processo legal (STJ 3T., ROMS 153.312). Na jornada de direito civil, promovida pelo centro de estudos judiciários do conselho da justiça federal, foi aprovado o enunciado nº 7 no sentido de que “só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a pratica de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido” (Ruy Rosado, jornada de direito civil, p. 51).”

Os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça acima mencionados devem servir como balizas à aplicação responsável da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que não pode extrapolar dos limites constitucionais impostos pelos princípios da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa. Contraria a aplicação de tais limites, por exemplo, o ajuizamento de ação de execução contra sócio, conselheiro ou administrador de empresa que não teve a oportunidade de se defender na fase do processo de conhecimento e é surpreendido – e esse é o termo correto – com a penhora que recai sobre o seu patrimônio, por conta de atos lícitos praticados pela empresa de que foi ou é sócio, conselheiro e administrador, pelo simples fato de tal empresa não ter patrimônio suficiente para honrar a dívida. Neste caso, existe evidente inversão do ônus da prova, passando o sócio, seu procurador, conselheiro ou administrador da empresa a ter a obrigação de provar que não participou da fraude e/ou de que dela não se beneficiou.

Não obstante existirem decisões judiciais que aplicam com critério a teoria da desconsideração, são muito mais freqüentes os abusos praticados na utilização desmedida desta teoria, causando uma grande insegurança jurídica em nosso sistema.

VI - CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A aplicação desmedida da desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização dos administradores de maneira indevida pelo judiciário brasileiro gera uma situação de insegurança principalmente entre os investidores da economia chamada “real” brasileira, ou seja, aqueles que aplicam seu capital no setor produtivo. Esses investidores, que têm a árdua tarefa de disputar o retorno de seus investimentos com as atrativas taxas de juros disponíveis no mercado brasileiro, ainda encontram mais este obstáculo: podem ser chamados a responder pelas obrigações da companhia investida.

Nesse rol, podem ser mencionados o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, as entidades fechadas e abertas de previdência complementar, os fundos de investimento, em especial os fundos de investimento de venture capital (VC) e private equity (PE), normalmente constituídos sob a forma de fundos de investimento em empresas emergentes e fundos de investimento em participações, bem como seus representantes na administração das empresas das quais participam.

Esses investidores, chamados de institucionais, costumam ser investidores ativos, participando das assembleias gerais, indicando conselheiros de administração e até mesmo diretores nas sociedades receptoras de seus investimentos. É óbvio que, no intuito de agregar valor ao empreendimento, tais administradores (conselheiros e/ou diretores) envidam seus melhores esforços no sentido de que a empresa tenha o melhor nível de Governança Corporativa. Dentre os princípios da boa governança está o de atuar eticamente e de cumprir com as normas legais do país.

Em geral, se a empresa investida incorre em alguma ilegalidade, de qualquer natureza, seja ela trabalhista, fiscal, ambiental, etc, quase certamente não decorre de uma diretriz expedida por um administrador indicado por um fundo PE ou VC, por um fundo de pensão ou pelo BNDES. Ademais, a participação desses investidores institucionais costuma ser minoritária, sendo a condução das políticas e administração do dia-a-dia das empresas investidas exercidas por seus acionistas controladores.

Os abusos mais gritantes na responsabilização dos sócios e administradores vêm ocorrendo no âmbito da Justiça do Trabalho. Tem-se verificado, nos últimos anos, inúmeros casos de Processos Trabalhistas nos quais os reclamantes têm ganho de causa, porém a execução não tem eficácia, pela insolvência ou incapacidade financeira da sociedade ex-empregadora em quitar a penalidade pecuniária decidida pela Justiça.

Nestes casos, a Justiça Trabalhista vem se utilizando, de forma corriqueira, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no sentido de bloquear recursos de ex-administradores e sócios, visando gerar para o reclamante os valores determinados pela Justiça.

Há que se considerar que, na maioria das vezes, os ex-administradores não têm qualquer responsabilidade quanto ao passivo trabalhista. Mesmo assim, os juízes têm relacionado todas aquelas pessoas físicas que, durante o período do vínculo trabalhista do reclamante com a sociedade, foram administradores ou sócios, sem tentar identificar em que período a pretensa ilegalidade foi de fato praticada.

Ora, este tipo de atuação é extremamente prejudicial ao país, uma vez que cria embaraços e inseguranças aos que investem na mencionada 'economia real' em especial aos fundos PE ou VC, fundos de pensão e o BNDES. As decisões judiciais atiram, sem qualquer critério responsável, para todos os lados, expondo os sócios, seus procuradores e administradores indicados a contingências futuras em relação às quais os mesmos não têm qualquer responsabilidade.

Também tem sido freqüente que as pessoas atingidas, em se tratando de valores de pouca monta ou cujo custo de discussão fique maior que o devido, acabam honrando o pagamento para se verem livres do bloqueio. Este pagamento gera o que se pode chamar de "justiça pela via transversa": o credor recebe de quem nada lhe deve.

Diante desta situação, algumas perguntas ficam no ar: quem vai querer ser administrador de empresa? quem vai querer investir no setor produtivo?

Este abuso vem gerando reações por parte da sociedade: estão tramitando no Congresso Nacional diversos projetos de lei regulando a desconsideração da personalidade jurídica.

Esta regulação é, inclusive, defendida por integrantes da Justiça do Trabalho - onde a crítica pelo uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é mais forte - por avaliarem que uma legislação mais clara pode colaborar para evitar abusos.

O primeiro Projeto de Lei, de nº 2426/03, é de autoria do finado deputado federal Ricardo Fiúza, e visa regulamentar o artigo 50 do Novo Código Civil, “disciplinando a declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica”, obrigando o juiz, antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, a lhes facultar “o prévio exercício do contraditório, concedendo-lhes prazo de quinze dias para a produção de suas defesas”. Veda o juiz a declarar a desconsideração da personalidade jurídica por analogia ou interpretação extensiva, só podendo fazê-lo nos casos expressamente previstos em lei. Determina, ainda, o projeto, que o disposto na lei que resultar de sua conversão, aplicar-se-á a “todos os processos judiciais em curso em qualquer grau de jurisdição, seja eles de natureza cível fiscal ou trabalhista”.

Este projeto representa um grande avanço e caso seja aprovado tenderá a terminar com os problemas hoje existentes, principalmente no âmbito da Justiça do Trabalho.

O segundo Projeto de Lei, de nº 5140/05, é de autoria do finado Deputado Federal Marcelo Barbieri, visa, dentre outros objetivos, acrescentar o artigo 883-D na Consolidação das Leis do Trabalho, do seguinte teor:

“Art. 883-D. A aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, à execução da sentença trabalhista, exige prévia comprovação de ter ocorrido abuso de direito, desvio de finalidade, confusão patrimonial, excesso de poder, ocorrência de fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único - A desconsideração da pessoa jurídica poderá ser levada a efeito em caso de falência fraudulenta, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração, e desde que fique demonstrada a responsabilidade do sócio ou ex-sócio executado.”

Caso o projeto de autoria do finado deputado Ricardo Fiúza venha a ser aprovado, este perderá sua razão de ser. Entretanto, caso isto não ocorra, a aprovação do projeto do deputado Marcelo Barbieri já será um grande êxito.

VII - CONCLUSÃO

O uso adequado do instrumento da desconsideração da personalidade jurídica estará devidamente regulamentado com a conversão em lei do Projeto de Lei nº 2.426/2003, de autoria do finado deputado federal Ricardo Fiúza (PSDB-PE).

O mesmo deputado é também autor do Projeto de Lei nº 7.160/2002 que altera diversas disposições do Código Civil. Por este projeto, o atual artigo 50 do Código

Civil passa a ser parágrafo único do mesmo artigo, cujo caput estabelecerá que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”. A aprovação deste projeto também contribuirá fortemente para que a desconsideração da personalidade jurídica seja adequadamente utilizada.

Deste modo, todas as entidades interessadas nessa questão deverão atuar junto à Câmara de Deputados pela aprovação dos mencionados projetos e, posteriormente, junto à Presidência da República para que as correspondentes leis sejam devidamente sancionadas.

Independentemente disto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) poderiam editar, cada um em sua esfera de competência e observadas as devidas peculiaridades, ato com efeito jurisdicional determinando que os juízes antes de decidirem adotar a desconsideração da personalidade jurídica, cumpram os seguintes procedimentos:

1. a parte que requerer a desconsideração da personalidade jurídica deve indicar, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos abusivos praticados e os administradores ou sócios deles beneficiados. O Ministério Público, quando lhe couber intervir, adotará o mesmo procedimento;
2. antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens dos administradores ou sócios de pessoa jurídica, o juiz lhes facultará o prévio exercício do contraditório, concedendo-lhes prazo de 15 (quinze) dias para produção de suas defesas;
3. o disposto no art. 28 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, somente se aplica às relações de consumo, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas;
4. o disposto no art. 18 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, somente se aplica às hipóteses de infração da ordem econômica, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas;
5. o juiz somente poderá declarar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos expressamente previstos em lei, sendo vedada a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva; e
6. as disposições deste ato aplicam-se a todos os processos judiciais em curso em qualquer grau de jurisdição, sejam eles de natureza cível, fiscal ou trabalhista.

A precisa regulamentação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tal como prevista nos projetos acima mencionados, é essencial para que as

bases doutrinárias desse instituto sejam restauradas e para que se retome sua harmonia com o sistema abraçado pelo texto constitucional, bem como para que retorne à prática deste instituto como exceção à regra da limitação da responsabilidade da empresa.

Independentemente da conversão em lei dessas iniciativas do finado deputado federal Ricardo Fiúza, a JUSTIÇA pode - e deve - regulamentar o uso da desconsideração da personalidade jurídica.