Foto: Rosane Naylor

Desconsideração da personalidade jurídica. Interpretação ampliativa e ramificada. Avanço ou retrocesso?

João Otávio de Noronha | Membro do Conselho Editorial
Ministro do STJ

O patrimônio do devedor é a garantia universal dos seus credores. Essa regra está claramente prevista no art. 789 do CPC/2015 e também no CPC/1973. Sabe-se, ademais, que, quando analisadas as obrigações, tradicionalmente se faz a decomposição entre dívida e responsabilidade. Essa teoria da dualidade da obrigação é de larga tradição no Brasil, embora seja questionada por alguns doutrinadores modernos. De forma ordinária, numa relação negocial, ao devedor se atribuem simultaneamente a responsabilidade e a dívida. Daí se falar em dualidade da obrigação. Por vezes, no entanto, a responsabilidade se separa da dívida. O avalista é responsável sem ser tecnicamente devedor. Do mesmo modo é o fiador.

Quando se analisam os arts. 121 e 135 do Código Tributário, percebe-se que o legislador destaca algumas pessoas que, embora não tenham assumido a dívida, não tenham responsabilidade direta pelo fato gerador, respondem pela obrigação. Portanto, há pessoas que respondem pela obrigação sem ser tecnicamente devedoras. O exemplo mais típico é o terceiro garante, aquela pessoa que não contrata a obrigação, mas oferece um imóvel de sua propriedade à disposição do credor como garantia real. Trata-se de hipoteca concedida por terceiro que responde pelo pagamento da obrigação sem, contudo, ser o devedor.

Portanto, quando se aprecia o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, o que se deve levar em consideração é exatamente a questão da responsabilidade. Só se justifica a desconsideração quando aferida a responsabilidade de pessoa estranha à obrigação que, por ato seu, extrapolou os poderes contratuais ou criou situações que possibilitaram ou geraram fraude em detrimento de algum credor.

Os negócios jurídicos devem ser examinados em três dimensões: nos planos da **existência**, da **validade** e da **eficácia**. Para que o negócio jurídico possa existir, é preciso haver a manifestação da vontade. A minuta de contrato não espelha manifestação de vontade. É em tese uma proposta, mas, desde que seja subscrita, desde que declarada a vontade das partes, passa a ser um negócio jurídico. Se ele existe, deve-se analisar se é válido, se não padece de algum vício de vontade ou vício de forma. Se é válido, observa-se se tem **eficácia real** – produz efeitos em todas as direções – ou se tem **eficácia relativa** – produz efeito em alguma direção.

A desconsideração da pessoa jurídica exige o exame dos efeitos do negócio jurídico, se serão desconsiderados para que a eficácia suplantada faça com que os bens dos sócios ou os bens da empresa sejam atingidos para responder pela obrigação. Portanto, é preciso entender que, tratando-se do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o que se busca é a responsabilização patrimonial de alguém que tecnicamente não é devedor, mas que está por trás de uma personalidade jurídica, causando prejuízos a terceiros.

Um dos atributos da personalidade jurídica é a autonomia patrimonial. O patrimônio da empresa se distingue do patrimônio dos sócios. Essa é a regra. O que se busca na desconsideração da personalidade jurídica é superar essa autonomia patrimonial para que o bem de um responda por outro nas hipóteses de abuso da personalidade jurídica, nas hipóteses de fraude.

Essa teoria, que foi construída pela jurisprudência anglo-americana, só foi estudada academicamente pelos alemães em 1963. A partir daí o instituto começou a se alongar; saiu do casuísmo para tratar de quesitos típicos da desconsideração com consequência patrimonial. Pode-se sintetizar que a finalidade do instituto não é outra senão permitir ao juiz a coibição de abusos e de fraudes aplicadas pelos sócios por meio da personalidade jurídica. Diz-se "permitir ao juiz" porque o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor estabelecem que a desconsideração da personalidade jurídica atualmente só pode ser deferida pelo juiz. Como toda regra, no entanto, comporta uma exceção: a nova Lei de Combate à Corrupção permite a desconsideração da personalidade jurídica por processo administrativo, mas só nas hipóteses de corrupção.

A expressão mais charmosa usada nas hipóteses de desconsideração é que, nela, o juiz levanta o véu protetor da autonomia patrimonial para atingir o verdadeiro responsável pelo cumprimento da obrigação. Afasta-se a pessoa jurídica que figura como responsável pelo cumprimento da obrigação, imputando a responsabilidade ao sócio em caráter subsidiário. Quando se diz "imputar ao sócio em caráter subsidiário", isso quer dizer que só se pode lançar mão do instituto quando o devedor não tiver força patrimonial para responder pelo cumprimento da obrigação. Não se pode executar diretamente o sócio quando a empresa figura como responsável pela obrigação nem se pode executar diretamente a empresa quando se trata da desconsideração da ordem inversa. Portanto, a desconsideração diz respeito a uma responsabilidade subsidiária, ou **da empresa**, na desconsideração direta, ou **do sócio**, na desconsideração indireta, ou inversa. Isso é fundamental.

O Código Civil, expressamente no art. 50, é o adutor da teoria da desconsideração. Antes da vigência do novo Código, a teoria da desconsideração era reconhecida no nosso Direito por força pretoriana, por decisões judiciais. No tempo da prevalência da força jurisprudencial, aplicou-se com muito mais cuidado o referido instituto do que hoje se aplica em decorrência do Código Civil e do Código Comercial. Essa observação é válida para mostrar que a desconsideração começa a ser tratada no Brasil, sobretudo na jurisprudência trabalhista e na jurisprudência consumerista, como uma panaceia. Antes de buscar os bens da empresa, antes de verificar se há ou não impossibilidade de cumprimento da obrigação pela empresa e se essa impossibilidade de satisfação da obrigação decorre efetivamente da atuação do empresário, o magistrado desconsidera a personalidade jurídica para atingir os bens do sócio. Na Justiça do Trabalho, hoje não mais existe sociedade de responsabilidade limitada. Toda sociedade é de responsabilidade ilimitada e subsidiária, tal a vulgarização do uso desse instituto no país.

A lei trata a desconsideração da personalidade jurídica de modos diferentes. O Código Civil estabelece requisitos diferentes dos previstos no Código do Consumidor, que, por sua vez, apresenta requisitos diferentes dos constantes da lei que protege o meio ambiente. Essa variação é normal, mas a comunidade jurídica brasileira precisa refletir sobre o uso indiscriminado que a Justiça trabalhista

vem fazendo com o instituto. Não é razoável que o empresário que destacou uma parte do patrimônio para exercer sua atividade seja condenado, sem praticar fraude, pelo simples fracasso do negócio, ao cumprimento de obrigação que nunca teve intenção de assumir. Infortúnios acontecem na atividade comercial; contudo, à exceção da hipótese de evidente má-fé, ninguém se estabelece na atividade comercial para causar prejuízo. Essa não é a regra. Portanto, é hora de a comunidade jurídica refletir sobre os limites para a desconsideração da personalidade jurídica.

O STJ avançou recentemente no debate da questão. Dizia-se que o encerramento da atividade empresarial autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica nas dívidas remanescentes. A ministra Fátima Nancy, em voto brilhante, concluiu por superar a personalidade jurídica porque a empresa havia encerrado irregularmente sua atividade. À época, levantei uma questão: alguém consegue encerrar legalmente uma empresa no Brasil sem pagar os tributos? A resposta é negativa. É um absurdo, mas é o que acontece. Para encerrar uma empresa, é preciso apresentar certidão negativa de débitos. Imagina-se: a empresa, embora esteja sem dinheiro para pagar o tributo, não está juridicamente insolvente e tem o direito de encerrar suas atividades. Mas havia o risco de se encerrar as atividades sem pagar os tributos, pois o sócio poderia ser atingido em seu patrimônio caso, no ajuizamento de uma execução fiscal, fosse alegado pelo fisco o encerramento irregular. Isso é uma incoerência, uma desconsideração objetiva sem que o sócio tenha agido com fraude, sem que ele tenha abusado da personalidade jurídica. Felizmente, prevaleceu o entendimento de que o encerramento das atividades da empresa ou sua dissolução, ainda que irregulares, não são causas, por si sós, da desconsideração da personalidade jurídica, tornando-se necessária a prova concreta de fraude ou de abuso de personalidade.

O instituto surgiu para atingir o patrimônio do sócio, embora, na jurisprudência anglo-americana, primeiramente tenha sido concebido com o propósito de atingir a pessoa jurídica. O devedor era o sócio que transferira o patrimônio para a pessoa jurídica. Removido o véu para ver o que estava atrás da pessoa jurídica, verificava-se que era o patrimônio do próprio devedor que fora para ali transferido com a finalidade de ser subtraído da responsabilidade executiva. Aliás, toda vez que se fala em responsabilidade, é importante lembrar que, no campo jurídico, a responsabilidade tem relação direta com execução. Quando a lei diz que o devedor responde com seus bens para o cumprimento das obrigações, significa que o devedor sujeita seu patrimônio à execução judicial. Responder é submeter o patrimônio a uma execução. O fiador não é devedor, mas submete seu patrimônio à execução para garantir o pagamento do credor.

É importante observar que as hipóteses elencadas no art. 592 do CPC/1973 e no art. 135 do Código Tributário não devem ser tratadas como desconsideração da personalidade jurídica. A previsão ali é de responsabilização direta das pessoas indicadas. Se a lei diz que o sócio responde, como na sociedade de responsabilidade ilimitada, não há superação de personalidade jurídica. Superação de personalidade jurídica só tem cabimento em casos de sociedade de responsabilidade limitada e de sociedade anônima, porque, na sociedade ilimitada, o sócio já responde solidária e subsidiariamente pelas obrigações judiciais.

Algo que sempre se questiona: a desconsideração da personalidade jurídica submete o patrimônio do sócio a uma responsabilidade, ou seja, a uma execução. Os bens do sócio são apreendidos e alienados sem o devido processo legal, sem que ele possa defender-se. Se quiser, pode ajuizar embargos de terceiro, mas previamente não será ouvido. Sofre apreensão sem que, contra ele, exista sequer um título executivo. A responsabilização se discute *a posteriori*, em embargos de terceiro. Isso é razoável? É lícito o empresário sofrer uma penhora *on-line* de seus depósitos para depois se discutir se ele é ou não responsável? É claro que não. Isso é uma violência que sacrifica o devido processo legal. Permite que o cidadão tenha seus bens expropriados ou apreendidos – a penhora é um princípio de expropriação, já dizia Pontes de Miranda – sem ser previamente citado ou intimado. O novo Código de Processo Civil resolve isso ao criar os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 133 e 137, nos quais diz, com toda clareza, que, desconsiderada a personalidade jurídica, o negócio jurídico será considerado ineficaz. O Código não tem essa precisão terminológica. Ao contrário, ele diz que, "acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente". Com a devida vênia, aqui a redação é imprópria, porque nem sempre a desconsideração será caso de fraude de execução. Se não havia ainda a pendência de um processo, a desconsideração será caso que antecede a própria existência do processo, será caso de ineficácia declarada no processo de execução, uma ineficácia retroativa, que no fim vai ter a mesma consequência da fraude de execução, vai submeter o bem à responsabilidade executiva.

No ordenamento, há três instrumentos de combate à fraude. O **primeiro** é a **anulação do negócio jurídico** no caso de fraude contra credores, conforme a literalidade do Código Civil, o que não é bem verdade. Há uma impropriedade terminológica que o Ministro Moreira Alves não corrigiu no Código Civil de 2002. Quando um negócio jurídico de alienação é considerado fraudulento, anula-se, mas essa nulidade só produz efeitos em relação aos credores anteriores ao ato de alienação. Tanto é que o bem não retorna na integralidade ao patrimônio do devedor, mas retorna para o acervo sobre o qual irão concorrer os credores, sobretudo os quirografários. Paga-se a dívida, devolve-se o dinheiro ao terceiro adquirente. Ajuizada a ação pauliana, paga-se a dívida, desaparece a fraude contra credores. Portanto, se bem analisado, tem razão Humberto Theodoro Júnior quando diz que a fraude deve sempre ser tratada no plano da eficácia, como faz o Código Civil português ou a Lei de Combate à Fraude da Alemanha, entre outras legislações.

O **segundo** sistema de combate à fraude ocorre nas **hipóteses enumeradas no art. 593 do Código do Processo Civil atual e no art. 792 do Código de Processo Civil de 2015.**

A **terceira** hipótese é da **ação revocatória falimentar**, que desconstitui a eficácia do ato de alienação. A superação da personalidade jurídica vai se aplicar tanto na execução singular quanto na execução concursal, universal ou falimentar.

Deve-se estabelecer distinções importantes, pois há a desconsideração pela teoria maior e a desconsideração pela teoria menor. Na **teoria maior**, não basta a insolvência. De acordo com o art. 50 do Código Civil, mais do que insolvência, é exigido satisfazer requisitos de ordem subjetiva para que a desconsideração possa ser reconhecida, como o ato fraudulento e o abuso, além de outros requisitos de ordem objetiva. O Código Civil não se contenta com a insolvência.

Já na **teoria menor**, a desconsideração diz respeito a hipóteses que dispensam os requisitos de abuso do direito ou da prática de fraudes pelos sócios, imputando-se a responsabilidade com base em fatos objetivos. Segundo o disposto no art. 28 do CDC, para se desconsiderar a personalidade jurídica não necessariamente se deve reportar ao abuso. A redação desse artigo diz que se desconsidera a personalidade jurídica "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". O texto finaliza assim: "A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração". Ainda que seja sem dolo, a má administração vai submeter a empresa, no campo do CDC, à desconsideração da personalidade jurídica. O § 5º chama a atenção: "Também será desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

A verdade é que a jurisprudência brasileira tende a aplicar a teoria maior às relações obrigacionais empresariais e a teoria menor às relações trabalhistas e às relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. No entanto, mesmo na teoria menor, há requisitos que devem ser satisfeitos para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica. Não é simplesmente a insolvência, exceto no Código do Consumidor, descrita no § 5º, decorrente da má administração. A insolvência pode ocorrer mesmo na hipótese de boa administração. Na década de 1990, quando Fernando Collor assumiu a Presidência da República e abriu o mercado brasileiro, a indústria de calçados brasileira perdeu, de uma hora para outra, a competitividade. Mesmo aqueles que eram bons empresários ficaram com dívidas, com um estoque que não conseguiram mais vender a partir do momento em que os produtos chineses chegaram. Onde está a culpa? Onde está a má gestão? É um infortúnio próprio do risco do negócio empresarial.

Na Lei do Meio Ambiente, existe também a desconsideração na sua teoria menor. Aliás, é preciso ter cuidado com os doutrinadores e com aqueles que subsidiam o Congresso na elaboração de normas para o meio ambiente. Existe um avanço na responsabilização objetiva em grupo, por exemplo, com a teoria da imprescritibilidade do dano ambiental cometido, que é muito salutar como modo de preservar o patrimônio do meio ambiente para as futuras gerações, mas deve haver um limite.

A desconsideração da personalidade jurídica é uma exceção, não é a regra. O exagero de sua aplicação pode acabar com o instituto da personalidade jurídica no Brasil, que pressupõe a autonomia patrimonial entre a empresa e os sócios. Não cabe a desconsideração fora das hipóteses taxativamente previstas na lei e não se devem aplicar analogias. A lei é exaustiva. Se o caso não se subsume às hipóteses elencadas no texto legal, não se desconsidera a personalidade jurídica, quer na teoria maior, quer na teoria menor.

Não se deve sacrificar a construção milenar do Direito que impõe a segregação da responsabilidade patrimonial da empresa em relação aos sócios. O argumento de que "alguém tem de pagar" não procede. Quem tem de pagar é o responsável. Não se pode entregar dinheiro a alguém, subtraindo-o indevidamente do patrimônio de outro. É preciso assegurar o ressarcimento ao consumidor, mas às custas daquele que efetivamente o prejudicou.