

## “DISREGARD OF LEGAL ENTITY”

LAURO LIMBORÇO

Professor na Faculdade de Direito de Varginha e Presidente da 20.<sup>a</sup> Subseção de Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil

SUMÁRIO: 1. Direito norte-americano. 2.1. Direito brasileiro. 2.2. Jurisprudência nacional. 3. Responsabilidade do administrador de sociedade no direito brasileiro. 4. Procedimento. 5. Instituições do direito comercial norte-americano em uso no país. 6. Conclusão.

1. O mundo jurídico deve aos magistrados norte-americanos a consolidação e o aprimoramento da *disregard of legal entity*, ou, como alguns preferem chamá-la, da *disregard doctrine*, através da qual o juiz pode, em casos concretos, *desconsiderar a pessoa jurídica em relação à pessoa de quem se oculta sob ela e que a utiliza fraudulentamente*.

Assim é que, argüida a fraude, o Judiciário, esquadrinhando a intimidade da pessoa jurídica, poderá constatar se, na realidade, alguém se serve dela, para, confundindo os interesses e o patrimônio da empresa com o pessoal dele, cometer abusos, de modo a causar prejuízos.

Portanto, a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em relação à de alguém é salutar e permite aos magistrados norte-americanos apurar e, eficazmente, coibir a fraude.

Vale dizer que a desconsideração da pessoa jurídica somente se opera em relação ao caso concreto levado a julgamento, permanecendo, pois, íntegra a personalidade da empresa para quaisquer outras questões.

E registre-se que nos EUA a *disregard doctrine* não constitui novidade, pois resulta de construção pretoriana que vem se sedimentando há dezenas de anos.

2.1. O direito positivo brasileiro não prevê a *disregard doctrine* tal como está posta e sistematizada nos EUA.

Lamentável que assim o seja, porque através dela os juízes brasileiros teriam poderoso instrumento para, suspendendo o manto

que cobre a relação, às vezes fraudulentamente triangular, que existe entre *administrador, empresa e terceiros*, coibir abusos e fraudes, prejudiciais tanto a esses terceiros como aos acionistas. Tal relação teria de ser sempre bilateral, ou seja, entre empresa e terceiros, sem que o administrador ou outra pessoa interviessem como parte autônoma, agindo em nome da empresa, mas em benefício próprio, portanto contra os interesses da pessoa jurídica.

É que o direito brasileiro, ao tratar do assunto, é particularmente conservador, consoante redação do "caput" do artigo 20 do Código Civil.

Em tudo se vê que os diversos legisladores, que participaram na elaboração do dispositivo legal acima, tiveram a preocupação primordial de distinguir, em caráter absoluto, a pessoa jurídica da pessoa física, o que, em regra geral, é correto, mas que comporta exceções, como a da *disregard doctrine*.

Esclareça-se que não se advoga que fiquem indistintas, em qualquer circunstância, a pessoa jurídica da pessoa física do administrador, sócio ou de quem a utiliza, mas que, verificada a fraude "lato sensu" e o abuso, possa o Judiciário desconsiderar a pessoa jurídica, em relação à pessoa física do autor do abuso.

Ocorre que há casos em que esse dogma jurídico, que o tempo trouxe e que separa drasticamente a pessoa jurídica da pessoa física de quem a utiliza, deve ceder em certas circunstâncias excepcionais, quais sejam, quando ocorrer fraudes "lato sensu" ou abusos, ou quando ocorra relevante interesse social, sendo certo que, neste último caso, tal desconsideração já existe, com outra forma, no Código Tributário Nacional, artigos 134 e 135.

Infelizmente, o conceito de pessoa jurídica no Brasil remonta à época das Ordenações, que influenciaram a elaboração do vigente Código Civil.

Pode-se dizer, sem receio, que, sobre o assunto, o direito pátrio encampou inteiramente a parêmia do direito romano, que estabelece *si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debetur universitas, singuli debent*.

Assim é que os diversos projetos de Código Civil, que surgiram no começo do século, continham disposição idêntica à do art. 20 do atual Código, ou seja, no *Esboço, arts. 295-308; Nabuco, 153, § 4.º, 155 e 173; Felício dos Santos, 152, § 3.º, 154, 160 e 161; Coelho Rodrigues, 21; Beviláqua, 24 e 25; Revisto, 23 e 24*.

Todavia, tal posicionamento sobre a impossibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica em condições excepcionais serviu à realidade social de época pretérita; não mais, depois que o Brasil iniciou seu processo de industrialização, que mudou fundamental-

mente a fisionomia de diversas relações jurídicas, sobretudo no Direito Comercial.

Não obstante, o anacronismo subsiste em nome de um dogma, que não se pode mudar simplesmente porque não se pode, sem qualquer razão de ordem jurídica.

Conseqüentemente, faz-se necessário um aprimoramento do instituto da pessoa jurídica no país.

2.2. A jurisprudência nacional não assimilou a *disregard doctrine*. Certamente porque não há dispositivo legal a adotando e também porque não é lícito ao Judiciário legislar, ao contrário da extraordinária amplitude de decisão que têm os magistrados norte-americanos, que, em certas situações, quase inovam a legislação cogente.

Cumprе salientar que o Código Civil, ao tratar dos defeitos dos atos jurídicos, elenca, dentre outros, o *dolo*, a *simulação* e a *fraude*, daí a razão por que, quando o interessado provar, através de ação adequada, a ocorrência de qualquer desses defeitos, o Judiciário terá de decidir sobre situações análogas à da doutrina da desconsideração de pessoa jurídica, naturalmente quando a matéria de fato o permitir. É que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (Código Civil, artigo 75); e, estando o dolo, a simulação e a fraude, previstos em lei como defeitos dos atos jurídicos, segue-se que, declarando a existência de qualquer deles, o Judiciário poderá, em caso concreto, desconsiderar determinada pessoa jurídica em relação a quem a utiliza fraudulentamente, seja com dolo, seja com má fé, sempre com referência tão-somente a determinado ato jurídico.

Assim, em verdade, o que falta no cenário jurídico nacional é a iniciativa de compelir o Judiciário a declarar, em caso concreto, onde esteja inequivocamente provada a fraude ou o dolo ou a simulação, a descaracterização de uma pessoa jurídica, em determinado negócio, em relação a quem se oculte atrás dela para prejudicar terceiros, anulando, pois, a relação jurídica antes aparentemente estabelecida, e declarando a verídica.

Ocorre que, com ou sem a adoção da *disregard doctrine*, os juizes brasileiros, deparando com uma empresa que, na realidade, é uma marionete, um *factótum* de alguém que dela se serve para cometer fraudes, terão de decidir a matéria à luz do direito aplicável no país, ainda que sobre o assunto ele fosse omisso, conforme dever imposto aos magistrados pelo Código de Processo Civil, no art. 126.

Deste modo, comprovada por exemplo, irrefutavelmente, a simulação, o juiz poderá desconsiderar a pessoa jurídica, rompendo o dogma que se criou em torno do "caput" do art. 20 do Código

Civil, pois, então, estará declarando o defeito de determinado ato jurídico e sua conseqüente anulação (Código Civil, artigos 102, I, e 105), o que não implica na adoção da *disregard doctrine*, mas que, de outra forma, atinge, ainda que morosamente, o mesmo fim.

Particularmente na área do direito societário, arestos esparsos têm se referido à *disregard doctrine*, sobretudo quando se cogita dos poderes da "holding" em relação às subsidiárias.

Essas referências à *disregard doctrine*, em tais casos, são impróprias, porque a "holding", detendo o controle acionário das subsidiárias, delibera por elas, sem que isso possa ser considerado genericamente como despersonalização delas. Pelo menos, é o que se infere, segundo a sistematização da *disregard doctrine* nos EUA. E como essa doutrina não está expressamente adotada no Brasil, a orientação deve vir de onde ela é aplicada.

As questões são diametralmente opostas; entretanto, a confusão persiste.

Ainda recentemente, o STF, ao dirimir contenda sobre o poder da "holding" em relação à alienação de ações da subsidiária, invocou a doutrina americana da desconsideração da pessoa jurídica (Recurso Extraordinário n.º 88.591, em RTJ, vol. 93, pág. 320).

De outra feita, o STF, ao julgar o Recurso de *Habeas Corpus* n.º 54.411, reconheceu a *responsabilidade do diretor de fato que se oculta atrás da nomeação de homem-de-palha para o cargo de diretor*, o que evidentemente nada tem a ver com a *disregard doctrine*, mas que serve para demonstrar que mesmo no Brasil a disposição prevista no artigo 20, "caput", do Código Civil, atualmente não é absoluta, principalmente quando ocorre fraude, tanto que o Pretório Excelso, nesse caso, transferiu a responsabilidade para o autor da fraude (RTJ, vol. 78, pág. 752).

Sem qualquer dúvida, o STF aplicou, ao caso, a teoria norte-americana da *dummy corporation*.

3. A interpretação quase literal que vez por outra tem sido dada ao "caput" do art. 20 do Código Civil está em completo desacordo com o que passou a ser estabelecido em diversos diplomas legais subseqüentes, que disciplinam, sobre o mesmo assunto, outros ramos do direito.

Assim, no direito do trabalho (CLT, art. 2.º, § 2.º).

Da mesma forma, na Lei n.º 6.024, de 13.3.74, que, em seus artigos 36 e 40, declarando a indisponibilidade dos bens pessoais dos administradores das instituições financeiras em liquidação extrajudicial ou em falência, cria responsabilidade solidária para tais administradores, até que se cumpram as obrigações por eles assumidas em nome da pessoa jurídica.

Também, no direito falimentar (Lei n.º 7.661/45, art. 6.º).

Identicamente, no direito tributário, onde a matéria está disciplinada nos artigos 134 e 135 do CTN.

Sem cogitar de desconsideração da pessoa jurídica, o direito societário prevê a responsabilidade pessoal dos administradores, verificável mediante a ocorrência de certos atos (Decreto n.º 3.708, de 10.1.1919, art. 10; Lei n.º 6.404, de 15.12.76, artigo 117).

A seu turno, o Código Penal pune o gerente ou diretor de sociedade por ações que a utiliza em proveito próprio ou de terceiro, através de fraude (art. 177, § 1.º, inciso III).

Vale lembrar que o vetusto Código Comercial já previa, há mais de um século, a responsabilização pessoal do sócio "oculto" (art. 305).

Assim, demonstrada a contradição entre o Código Civil e a legislação que lhe é subsequente, impõe-se a modificação daquele, de modo que, mantendo-se a personalidade própria e autônoma da pessoa jurídica, se introduza, porém, uma exceção à regra, quando estiver presente a fraude ou o abuso, para, então, se desconsiderá-la, em relação a quem dela se serve, fraudulentamente.

4. Nos EUA, sendo a *disregard doctrine* prevista em lei, existe toda uma sistematização, inclusive de ordem processual, em torno dela, daí a razão por que é aplicada, em casos concretos, com rapidez e eficiência.

No Brasil, inexistindo legislação a respeito da *disregard doctrine*, quem pretender atingir aquele que se serve de uma empresa para negociação pessoal, com prejuízo para terceiros, terá de utilizar o processo de cognição previsto nos artigos 282 e seguintes do CPC, a fim de que, apurado o dolo, a simulação ou a fraude, possa responsabilizar pessoalmente o fraudador. E certamente, se não dispuser de prova robusta, esbarrará na conservadora interpretação que tem sido dada ao "caput" do artigo 20 do Código Civil.

Em conseqüência, no Brasil, é tarefa árdua, porque, sabe-se, toda fraude é invariavelmente cercada de cautelas, de modo a dissimulá-la.

A ação a ser proposta, através do procedimento ordinário, com a qual se pretenda transpor a linha divisória entre a pessoa jurídica e a pessoa física, poderá ser simplesmente declaratória.

E, por constituir ave rara nos nossos tribunais, deverá ser conduzida com especial desvelo.

5. Ultimamente, muito se tem dito e escrito sobre institutos jurídicos norte-americanos que passam a ser usados no Brasil,

como é o caso da "joint venture". É instituição que, vindo do direito norte-americano, chega ao Brasil, como também vieram o "leasing", que já dispõe de alguma regulamentação na área fiscal, e o "factoring", ainda não regulamentado, e que, no momento, provoca polêmica entre o Banco Central e os interessados em instituí-lo no país.

Registre-se que aos bancos não interessa o "factoring" em face da alta taxa de risco que apresenta na compra de faturamento sem direito de regresso contra o cedente das faturas, pois, analogamente, o desconto de duplicatas é mais seguro aos bancos, já que o endossante dos títulos também os avaliza, daí a razão por que, em verdade, o desconto de duplicatas é um mútuo, apenas com possibilidade de vir a ser resgatado por terceiros. Entretanto, o "factoring" não é mútuo e muito menos operação financeira, pois o "factor" compra o faturamento do empresário, sem que este, seja de que forma for, tenha a obrigação de devolver-lhe a quantia em dinheiro recebida pela venda do faturamento, ainda que o "factor" não consiga recebê-lo do comprador dos bens, objeto da fatura cedida.

Essas referências que ora se fazem a institutos jurídicos norte-americanos que chegam ao Brasil têm o único propósito de mostrar a dificuldade existente em adaptá-los à legislação nacional, à semelhança de como estão disciplinados nos EUA.

A "joint venture", por exemplo, não encontra precedente no nosso Direito Comercial porque é uma empresa que nasce da associação de outras, sem haver relação de subordinação entre as que se associam, ao passo que no Grupo de Sociedades de que trata o art. 265 da Lei de Sociedades Anônimas existe, obrigatoriamente, a que é controladora, e as outras, que são controladas.

Da mesma forma, o contrato de "franchising", também de origem norte-americana, que aos poucos está sendo introduzido no país, sem dispor, no momento, de regulamentação própria.

Por esse contrato, o industrial ou produtor concede a outra empresa, ou a pessoa física, sem caráter de exclusividade, a distribuição dos produtos que fabrica, ou simplesmente cede o direito ao uso de marca.

Em face da ausência de regras próprias no país, o contrato de "franchising" é regido pelas normas gerais estabelecidas no Código Civil, não obstante as peculiaridades dessa avença, que demonstram a necessidade de regulamentação própria.

Volvendo-se, porém, ao tema deste trabalho, ou seja, à *disregard doctrine*, verifica-se que, conquanto diversas instituições de origem norte-americana estejam sendo usadas sem regulamentação própria no Brasil, a doutrina da desconsideração da pessoa jurí-

dica, dada à grande área de ação que possui, e porque é aceita e utilizada na maioria dos países civilizados, está a reclamar um ordenamento adaptado à realidade brasileira, porém eficaz, como existe nos EUA, sobretudo porque se trata de valioso remédio jurídico, adequado para prontamente impedir a fraude, a simulação e o dolo.

6. Em resumo, conclui-se que:

a) a *disregard of legal entity* é de grande alcance e eficiência para impedir o abuso e as fraudes "latu sensu";

b) a aplicação dela, no Brasil, da mesma forma como está prevista nos EUA, depende de modificação na legislação existente;

c) os tribunais, porém, podem transpor a linha divisória entre a pessoa jurídica e a pessoa física, quando esta utilizar fraudulentamente aquela, e a parte lesada, em ação própria, pedir ao Judiciário essa prestação jurisdicional, o que não implica em adoção, no país, da *disregard doctrine*, mas, apenas, de simples aplicação do Código Civil, no capítulo dos "Defeitos dos Atos Jurídicos", ao negócio impugnado, valendo a decisão tão-somente com referência à questão levada a julgamento.