

A “Desconsideração Inversa” e o Novo CPC

Jorge Lobo*

A “desconsideração inversa” é um “veneno”, que causa à sociedade controlada danos de ordem política, administrativa, financeira, econômica, operacional e de marketing e prejuízos a minoritários e credores, e, por isso, deve ser encarada com suspeita, até mesmo com temor, daí a nossa crítica acerba, mas construtiva, ao art. 133, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, que a positivou, transformando-a em suposto “remédio” contra os males da lentidão da Justiça.

Estas afirmações soam dramáticas; todavia, não há nelas nenhum exagero, consoante demonstraremos, pois se baseiam no fato de a “desconsideração da pessoa jurídica”, que visa coibir abusos, transmutada em “inversa”, denominada pelos alemães “invertida”, estar sendo utilizada abusivamente, inclusive estendendo-se a sociedades coligadas...

Rolf Serick e Ulrich Drobniq, sistematizadores da jurisprudência americana da “*disregard*” (“desconsideração”) e alemã do “*Durchgriff*” (“penetração”), ao fim de longa pesquisa, chegaram a idênticas conclusões quanto à desconsideração “direta”, “inversa” ou “invertida”, “limitada direta” e “especial”: (1ª) o “princípio da separação” entre a sociedade e seus sócios é a regra; (2ª) excepcionalmente, afasta-se a autonomia jurídica e patrimonial da sociedade nas hipóteses de fraude à lei, a normas contratuais e a credores, e, neste caso, se presentes o pressuposto subjetivo (intenção dolosa de lesar credores) e o pressuposto objetivo (insuficiência patrimonial da devedora), e (3ª) a responsabilidade dos sócios é sempre subsidiária.

Ao discorrer sobre a jurisprudência germânica, Drobniq enfatiza:

(1º) a penetração invertida, em que o patrimônio da sociedade é chamado a responder por dívidas do sócio, é relativamente rara (*apud*, J. Lamartine Correa de Oliveira, *A dupla crise*, p. 342; (2º) ‘os pressupostos fáticos da penetração invertida raramente ocorrem’ (*loc. cit.*); (3º) ‘esse remédio jurídico extraordinário só será admissível quando a obtenção normal do valor das quotas sociais pertencentes ao sócio, e que garantem primariamente o credor pessoal, seja difícil e ponha em perigo a satisfação da pretensão’ (*idem*), e Serick afirma: (1º) ‘o *Durchgriff* do sócio, por quebrar o princípio de autonomia da pessoa jurídica, deve ser sempre uma exceção: (2º) se houver outra solução capaz de atender aos interesses envolvidos, não

* Jorge Lobo é Mestre em Direito da Empresa da UFRJ e Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ.

se deverá recorrer a essa solução excepcional' (loc. cit.); (3º) 'ter a jurisprudência com razão observado que os credores do sócio estão frequentemente em situação de poder obter satisfação através da penhora e alienação das cotas por via judicial' (*idem*).

Assim era, na Alemanha, na primeira metade do século XX, como é, hoje, nos EUA, segundo o profundo estudo *"Reverse Piercing of the Corporate Veil: Straightforward Path to Justice"*, de Nicholas B. Allen, publicado na *St. John's Law Review*, 2011, v. 85, nº 3, p. 1147 e ss., no qual se lê: (1º) não é corrente a prática da "desconsideração inversa" nos EUA; (2º) vários estados expressamente a rejeitam e, nos que a aceitam, (3º) "a desconsideração inversa" está longe de ser "uniforme" (art. cit., p. 1149) e (4º) sua aplicação "requer prova de que acionistas ou credores inocentes não serão prejudicados" (loc. cit.), o que, acrescente-se, dificilmente deixará de ocorrer.

No Brasil, a "desconsideração inversa" vem sendo adotada nos casos de confusão patrimonial e/ou transferência de bens dos controladores para a controlada em fraude a credores e fraude à execução, e, agora, infelizmente, terá respaldo no NCPC, o que nos obriga a fazer três ponderações para análise dos doutos, em especial dos magistrados.

Primeira, a absoluta carência do pressuposto objetivo da "desconsideração inversa", isto é, a inexistência de bens, que jamais ocorre, eis que os controladores sempre detêm a maioria das cotas ou ações com direito a voto em que se divide o capital da controlada; segunda, a interpretação do art. 133, § 2º, do NCPC deve inspirar-se no pragmatismo jurídico norte-americano — que propõe a fusão dos princípios de segurança, justiça e eficiência —, em seu viés consequencialista —, que (a) prioriza os efeitos práticos da decisão judicial e não apenas e tão só um conjunto supostamente completo, integrado e harmônico de regras, e (b) visa evitar resultados indesejáveis e minimizar os custos sociais; terceira, na exegese do art. 133, § 2º, do NCPC e na aplicação da "desconsideração inversa", deve-se atentar para os nefastos resultados que ela produz.

São nefastos os resultados da "desconsideração inversa" porque, sob o prisma (a) político: incita conflitos societários entre minoritários e controladores; (b) administrativo: quebra a harmonia que deve existir entre representantes de minoritários e controladores no conselho de administração e na diretoria; (c) financeiro: os bancos elevam o prêmio de risco, reduzem prazos de pagamento, exigem reforço das garantias, negam-se a conceder renovações e novos empréstimos; (d) econômico: bens e direitos, até então livres, tornam-se objeto de garantias reais devido ao aumento do risco da controlada; (e) operacional e de marketing: esses inesperados problemas têm imediata repercussão no funcionamento da empresa e na imagem e distribuição dos seus produtos e serviços.

Apesar dessa pletera de danos e prejuízos, o NCPC "veio" "facilitar" — sim "facilitar" — a "vida" do credor, não obstante o direito positivo preveja e ponha à sua disposição, de há muito: (1º) se tiver havido (a) fraude a credores, a ação pauliana, (b)

fraude à execução, a declaração de ineficácia do ato translativo da propriedade nos próprios autos da execução, (c) simulação para lesar terceiros, a ação de nulidade ou anulabilidade do ato; (2º) o pedido de falência da controladora, ou de insolvência civil dos controladores, e conseqüente arrecadação e venda de suas cotas ou ações, e, *the last but not the least*, (3º) a penhora da participação societária dos controladores na controlada, na esteira da doutrina de Rolf Serick e Ulrich Drobniç.