

“O artigo 1º da Constituição Federal diz quais são os fundamentos do nosso Estado Democrático. Num contexto que prescreve uma sociedade fraterna, adequada, sustentável e solidária.

Fala de soberania, que depois se enraíza em outros momentos. Cidadania, que é muito mais que votar e ser votado, é o direito a ter direitos; a dignidade da pessoa humana, talvez o maior vetor que nós possamos ter dentro da nossa Constituição.

E para falar em capital, ela fala logo em seguida de valores sociais de trabalho e da livre iniciativa. Sem dinheiro, isso não se pode implementar de forma alguma.

E se não estou feliz ainda com o artigo 1º, eu vou para o 3º da nossa Constituição, que vai falar lá dos objetivos da nossa República. Construir uma sociedade livre (dinheiro); garantir o desenvolvimento nacional (dinheiro, capital); e promover o bem-estar de todos erradicando a pobreza.

Se ainda não estou feliz, então eu vou para o artigo 170 da nossa Constituição, que vai falar para nós a respeito da nossa ordem econômica.

Nove princípios estão lá encartados. Diz lá quais são os nove princípios que embasam a nossa ordem econômica: Soberania, mais uma vez, e depois vem “dinheiro” sem parar, capital. Propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência do capital; defesa do consumidor, talvez o maior alicerce que nós possamos ter; defesa do meio ambiente para todos nós, até o papa está devidamente preocupado com a questão do nosso meio ambiente mundial; redução da desigualdade de dinheiro; busca do pleno emprego (dinheiro); e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

E além desses nove fundamentos que estão lá encartados nesses nove incisos, temos também os dois fundamentos que são a base para o nosso desenvolvimento da ordem econômica; Diz lá quais são. Os dois estão no *caput*: a valorização do trabalho humano e livre iniciativa (dinheiro).

E tudo com um fim, que também está no *caput* do artigo 170 da Constituição, existência digna conforme os ditames da justiça social.

Tudo isso, portanto, faz um arcabouço que nos leva a refletir sobre que capital é esse pelo qual estamos lutando na nossa vida? Que capital é esse?

Digo eu, um capital que tem um cheiro, tem que ter perfume. Digo eu quando escrevo. Tem que ter alma. E vejo nessa casa exatamente isto.

Ou seja, pessoas debruçadas sobre essa ideia de que o capital tem que ser bom, tem que ter alma, produzir o bem comum, que é tudo que nós pensamos na nossa vida.

Nos anos 60, o pobre na era dos direitos foi indagado se ele ainda enxergava algum futuro para a humanidade — depois de um aumento incontrolável da população, que hoje desacelerou.

Segundo os dados estatísticos do IBGE, nós vamos parar de crescer. Cresceremos até 2042, e a nossa população vai regredir, salvo no estado do Mato Grosso, Roraima e Santa Catarina. Por isso vemos aqueles prédios imensos de muitos andares.

A indagação continua. Com esse aumento da população, segue-se o aumento incontrolável da degradação do meio ambiente. Isso está na cara de todos nós. E o aumento incontrolável, insensato dos armamentos, o que também é uma tristeza.

A resposta, se haveria futuro nos anos 60, foi positiva.

Positivamente, porque todos os trabalhos que nós temos a respeito de dignidade da pessoa humana, tudo o que nós temos das declarações universais, tudo o que nós temos com os fundamentos da nossa Constituição, das nossas Constituições democráticas —, todas elas levam a crer que, desde que os gregos elaboraram os direitos da personalidade, e foram polidos pelos romanos — tudo isso leva a crer que todos nós temos direitos, segundo o iluminismo. Todos nós temos direito de pensar efetivamente que temos a possibilidade de criar uma Constituição que nos parece justa, que nos parece adequada.

E todo esse arcabouço que está na nossa Constituição leva a essa ideia de um capitalismo que é obedecido e vigiado nesta casa.

E aí, caindo então no nosso tema. Segundo as pesquisas que fiz, nós temos a ideia de que isto surge para nós, na verdade, é no século retrasado, em 1809, nos Estados Unidos. Uma demanda entre o Banco dos Estados Unidos e Deveaux. Isso, em 1809, o juiz foi o Justice Marshall.

Mas há aqueles que dizem que não, que foi na Inglaterra que isso surgiu. Surgiu na Inglaterra, numa disputa Salomon x A Salomon & Co, então, em 1847.

De qualquer forma, isso surge para nós, só que no sistema *common law*, não há nenhuma outra possibilidade de ter surgido isso em regramento nosso. De qualquer forma, é possível mencionar que os romanos de alguma forma incentivaram isto.

Por que os romanos? Os romanistas, eles não se entendem. Há romanista que diz com todas as letras que a ideia de empresa, como nós conhecemos hoje, os romanos já haviam mencionado. Tenho dúvida. Mas há uns que falam, não, os romanos nunca se preocuparam com empresa de jeito algum.

Mas, de qualquer forma, é o romano, Cesar Rocha, os romanos, que tinham a ideia de família era só pela linhagem, tanto que os escravos eram tratados como coisas.

Também, de qualquer forma, convivemos, nós, brasileiros, convivemos com o conceito de empresa há muito tempo. Desde a Companhia das Índias Ocidentais, que chegaram aqui para nós para evangelizar o país, evangelizar os nossos habitantes. Era uma empresa meia pública, meia privada, que veio para cá exatamente com essa função.

Mas o nosso grande problema surge em 1943, com o artigo 2º da CLT. Aí que a coisa pega. E pega porque tudo que a nossa querida Justiça do Trabalho fala a respeito disso, ela enxerga o grupo econômico com facilidade, mas com uma facilidade incrível. E ao enxergar isso, ela faz a desconsideração da personalidade jurídica do pretense grupo com muita facilidade.

A gente vê isso, assim, muito notoriamente. Nosso código, o código de 16, ele não cuidou desse tema, mas fez a diferenciação de patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios, no artigo 20.

Mas, antes disso, o decreto 3.708/1919 já limitava a responsabilidade dos sócios nos casos de excesso de mandato e violação. A norma está no artigo 10 e vem assentado nisso.

Mas o artigo 225 da nossa Constituição também fala na possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica por atividades lesivas ao meio ambiente.

Código Tributário Nacional, no artigo 135 também traz toda a responsabilidade para os sócios das operadoras sobre as obrigações tributárias se houver excesso de poderes como infração à lei.

Mas foi com o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor que os horizontes efetivamente se abriram. E aí essa legislação de 1990 nos trouxe a possibilidade. Primeiro momento forte na legislação de desconconsideração da personalidade jurídica, no artigo 28, que o nosso Código de Defesa do Consumidor, quando disse que se houver abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos sociais, é possível a desconconsideração da personalidade jurídica. Então, começamos a remar numa lagoa melhor sobre essa possibilidade.

Mas, antes e depois do Código de Defesa do Consumidor, nós tivemos a Lei Antitruste de 1994. Também falando a respeito disso. Nós tivemos a Lei dos Crimes Ambientais, antes do Código de Defesa do Consumidor, também falando disso. Mas todo o horizonte que conhecemos, esse horizonte se inflamou, se ficou bom pra gente caminhar no direito, foi o artigo 187 do Código Civil, que fala do abuso do poder.

Essa teoria francesa vicejou e deixou vicejar pra nós um campo próprio. Para que a gente pudesse falar a respeito do combate do abuso da personalidade jurídica. Foi aí que essa possibilidade se abriu, desde então.

Foi com ela, então, repito, que nós tivemos o campo próprio para prosseguir neste caminho.

Ou seja, desde que tivesse o desvio de personalidade, desvio de finalidade e confusão patrimonial, nós teríamos a possibilidade, então, de fazer a desconsideração com o 187 da nossa Constituição. Há uma frase que vira e mexe eu uso nos meus votos, que acho tão bacana, é de Lima Barreto: “O mais elementar dever de um homem ou senhora séria é pagar as suas dívidas”.

E parece que nós precisamos nos unir sobre essa ideia de dirigir finalidade, confusão patrimonial, que há muito, Cesar Rocha já pontificava em 2003 no Superior Tribunal de Justiça, dizendo com todas as letras que essa é uma medida excepcional.

A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento e pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiro, o que deverá ser demonstrado no limite do processo legal.

Isso já em 2003, César Rocha estava lá pontificando no nosso Superior Tribunal de Justiça a este respeito.

Nós tivemos, com a ministra Nancy Andrighi, uma outra visão, uma outra vertente, a respeito da desconsideração, que chamamos de desconsideração inversa.

Disse a ministra Nancy Andrighi, que foi seguida por toda a 3ª Turma, que na ocorrência da confusão patrimonial e o abuso de direitos por parte do recorrente, no caso, ao se utilizar indevidamente da sua empresa para adquirir bens particulares, dava ensejo à desconsideração inversa.

E o Superior Tribunal de Justiça, pelo CJF, fez um enunciado exatamente nesta mesma toada, que é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada inversa para alcançar bens de sócios que se valiam da pessoa jurídica para ocultar ou vigiar bens pessoais com prejuízo a terceiros.

E assim nós estamos caminhando nesta toada, dali pra frente nós tivemos a desconsideração no novo Código de Processo Civil.

Sempre entendi que fiquei vencido, embora não convencido, mas fiquei vencido, que a desconsideração através de um processo é extremamente importante.

Eu entendia que se a pessoa jurídica fecha suas portas, não deixa bens, não deixa contas, não deixa representantes, não deixa endereço certo, não requer autofalência, o que mais se pediria e precisaria, para se desconsiderar a personalidade jurídica?

Entretanto, esse devedor, assim, dito fujão, também deveria ter a oportunidade de vir a juízo para explicar a razão pela qual ele tornou-se fujão ou inadimplente e por que ele, assim, começou a agir.

Por quê? Porque senão fere a dignidade da pessoa humana.

E eu sucumbi, mas havendo indícios, o Ricardo Cueva, a quem rendo as minhas homenagens, ele disse lá que, mesmo com indícios sérios de encerramento irregular da sociedade, aliada à falta de bens, não seria capaz de constituir motivos suficientes para uma desconsideração.

Nessa toada, eu rendo uma homenagem a Paulo Sanseverino, que lamentavelmente, acho que Deus apontou o dedo para a pessoa errada, no momento errado. Ele modelou:

Mesmo aqueles que são sócios com atos de gestão, têm que ter a prova de que contribuiu, ao menos culposamente, para a prática dos atos de má-administração.

E aí temos duas teorias que se formam. A teoria maior e a menor.

A teoria maior é aquela fundada no artigo 50 do Código Civil, fraude ou confusão a ser demonstrado. E a menor, de que basta simplesmente a inexistência de ativos para se desconsiderar a personalidade jurídica.

A nossa jurisprudência do STJ vem caminhando firme no sentido de que nós precisamos ter, como ensinou o ministro Cesar Asfor Rocha, confusão patrimonial com a parte objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e desvio de finalidade, que é a parte que seria o dado subjetivo da desconsideração.

O entendimento do STJ está firme no sentido de que, para a desconsideração, por força dessa teoria maior. E dirá a menor, quando falamos do Código de Defesa do Consumidor.

No Direito Tributário, o ministro Mauro Campbell Marques, nosso corregedor hoje, ele entende pela aplicação do 135 do Código Tributário Nacional, com a súmula 435, que consolidou esse discernimento de que essa presunção é dissolvida aí, regularmente, em empresa, que deixar de funcionar sem domicílio, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o favorecimento do fato o sócio-gerente.

Então, o tributário entende também que nós estamos diante da teoria menor, a defesa do consumidor. A primeira sessão entende assim. E a teoria maior, na parte da 3ª e 4ª turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Mauro Campbell Marques fixou essa tese com base na súmula e assim nós temos caminhado.

A empresa desativada, não restando bens a ser penhorados, sem pedido de autofalência, sem reserva de bens para que possa pagar credores. Então, nessas condições, a turma do Direito Público entende que a situação é realmente de se fazer a desconsideração da personalidade.

No direito ambiental também se adotou a teoria menor, da responsabilidade para o provimento dessa desconsideração da personalidade jurídica. E, finalmente, nós fixamos um bom momento no enunciado 51, firmando a tese de que cada microssistema trouxe suas regras próprias para a desconsideração da personalidade jurídica.

Bom, então hoje nós temos todo um procedimento para ser desconsiderada a personalidade jurídica, graças a Deus.

Não pode ser o juiz a requerimento, simplesmente, de se dar uma canetada e desconsiderar a personalidade jurídica, o que é um desserviço total. Isso, com todo o respeito.

E o ministro Luís Felipe Salomão já fixou, recentemente, que o desvio da personalidade e a confusão patrimonial é o que permite a providência da desconsideração da personalidade jurídica. Isso já desde 2009.

E aí nós tivemos então, na 3ª Turma, um dos momentos mais felizes, também pelas mãos de Paulo Sanseverino.

Dá trabalho e requer luta processual. Nessas condições, se houver uma desconsideração da personalidade jurídica sem fundamento, seja desde o início da demanda ou no curso da demanda, a parte que assim pede e que não logrou sucesso, há de pagar honorários.

Isso foi uma grande luta do ministro Sanseverino. Sempre que há desconsideração da personalidade jurídica ou quando ela é indeferida na luta, no processo, há cabimento de honorários, sim.

Bem, e aí o que nós temos mais? Temos uma coisa que me parece extremamente importante e que eu trago à colação, porque me toca muito esse ensinamento de Cesar Asfor Rocha.

Ele tem um livro, que são as cartas aos juízes que estão se iniciando na carreira. A respeito da interpretação das leis, me deixou calado no coração jurídico, que o que pretendo fixar é tão só que as leis precisam ser compreendidas no contexto humano a que se destina, pois foram elaboradas para produzir felicidade e não injustiça. Para promover o bem comum, que nós falamos na primeira frase, e não a frustração coletiva.

Nós estamos caminhando por um momento muito interessante. Muito recentemente, tivemos no Superior Tribunal de Justiça, uma questão que chamou por demais a atenção, porque era uma pessoa que morava fora do país, mas pagar alimentos, neca.

E aí, então, o colega tomou medida, tomou o passaporte dele, tira a carteira de habitação, e ele foi para com HC discutir o tema lá, com o HC, que não era o melhor remédio possível, mas diz que estava sofrendo restrição no seu direito de ir e vir, o que não era o caso. O que se entendeu nessa hipótese, é que efetivamente é possível essas medidas extraordinárias para esse devedor reticente, que “não pago e não pago mesmo”.

Então, se houver a desconsideração inversa da personalidade jurídica, há um novo campo que se abre para os advogados, para o Judiciário. Porque se há a desconsideração inversa desse devedor que não tem bens nenhum, mas consegue morar no exterior, ou que está vivendo, é uma pessoa que chega a pensar um pouco, talvez seja perigosa para a sociedade, porque se dirige, bate o carro, não tem como pagar, não paga alimentos.

Então é possível se tomar essas medidas de restrição que são combatidas, mas o 139 do novo Código de Processo Civil parece que vem em boa hora para evitar esse tipo de devedor.

E aqui, para caminhar para o fim, eu quero dizer que o Superior Tribunal de Justiça, semana passada, felizmente, tomou a posição que tinha que ser tomada já há algum tempo, é aquilo que nós chamamos de demanda predatória e que acabamos entendendo que é melhor qualificada como abusiva.

Mas o fato é que estava há mais de ano para o Superior Tribunal de Justiça tomar essa medida. Não é uma demanda de massa, eu fiz a diferenciação entre demanda de massa e demanda predatória ou abusiva agora.

Nós conseguimos, finalmente, deixar claro que esse tipo de coisa é um custo brutal para o Judiciário. Os números do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito de perda de dinheiro por demanda abusiva é uma catástrofe. Uma coisa impressionante que se perde dinheiro. Os senhores conhecem isso, sabem bem o sacrifício que é manter um corpo jurídico para dar esse tipo de demanda abusiva.

Mas o Superior Tribunal de Justiça tomou, felizmente em boa hora, essa medida, para o bem de todos, para o bem comum e para a dignidade da pessoa humana e para a dignidade de todos aqueles que venham a sofrer com esse tipo de demanda.

É impressionante, eu vi coisas como uma pessoa morando no Nordeste vindo demandar em São Paulo, não se compreende alguém poder fazer isso. E aí se pede uma procuração atualizada, ele briga dois anos para não apresentar uma procuração atualizada.

Por que será que é mais fácil lutar dois anos por uma procuração do que logo juntar uma procuração e acabar com esse drama?

Encontros como esse me deixam com a alma lavada e enxaguada, como diria Odorico Paraguaçu.”