

# Recuperação judicial de créditos e paraísos fiscais

**Gilberto Moreira Costa**

*Procurador da Fazenda Nacional*

*Ex-advogado da CAIXA*

## RESUMO

A presente investigação, sem a pretensão de esgotamento do tema, pretende suscitar reflexões acerca das possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário na recuperação de créditos diante de devedores estabelecidos ou com seus patrimônios blindados em países, províncias ou estados componentes de países soberanos considerados paraísos fiscais de forma que a angústia dos credores destes devedores “intocáveis” seja, ao menos, minorada com a esperança de efetividade judicial na satisfação de seus créditos.

Palavras-chave: Recuperação judicial de créditos. Paraísos fiscais. Blindagem Patrimonial *Off-Shore*. Cooperação jurídica internacional.

## ABSTRACT

This research, without claiming to exhaust the subject, aims to encourage reflection on the possibilities and limits of judicial power in the recovery of claims on debtors established or shielded their assets in countries, provinces or states components of sovereign haven tax so that the anguish of the creditors of these debtors ‘untouchables’ is, at least, eased with the hope of effectiveness in meeting their legal claims.

Keywords: Recovery of credits by judicial power. Tax havens. Equity Shield *Off-Shore*. International legal cooperation.

## Introdução

Não há quem goste de pagar impostos. Ao longo da História não faltam exemplos de guerras, revoluções com ruptura da ordem social motivadas, ou mesmo deflagradas, pela insatisfação com excessos na cobrança de tributos.

Um exemplo pouco conhecido desse recorrente sentimento histórico se refere ao tempo em que a cobrança de impostos foi “privatizada”.

Findo o Império Romano, seu vasto território passou a ser alvo da cobiça dos chamados povos bárbaros, tribos que mais tarde tornar-se-iam reinos até a constituição dos Estados Nacionais.

Os reis francos, antecessores distantes dos atuais franceses, na conquista sangrenta de territórios valiam-se do então complexo sistema de tributação deixado pelos romanos, fonte de riqueza pessoal dos reis e de cada guerreiro a seu serviço.

Assim cada guerreiro teria direito a parte das riquezas espoliadas, sem contar a expectativa que nutriam junto aos reis na obtenção de recompensas pelos serviços a eles prestados, expectativa satisfeita, até certo ponto, pelos reis merovíngios e carolíngios.

Ocorre que os reis, mesmo reconhecendo o direito dos guerreiros à obtenção de parte dos bens obtidos pelo sangue derramado, os dispensavam do pagamento daqueles devidos pelos povos subjugados, porém tentavam a captação de impostos incidentes sobre os territórios incorporados aos seus reinos.

Obviamente que tal tributação direta sofreu resistência por parte dos guerreiros e a realza saiu derrotada, ou seja, os impostos incidentes diretamente sobre propriedade das terras conquistadas foram “privatizados”, dado que eram pagos pelos camponeses aos conquistadores de tais territórios, e não aos reis a quem tais conquistadores deviam vassalagem. Assim, “franco” passou a significar livre de impostos, termo que até hoje significa isento de pagamento (ARIÉS; DUBY, 2009, p. 413).

Hoje em dia é desnecessária a luta banhada em sangue para que os agentes econômicos se vejam livres de impostos, basta que se estabeleçam nos paraísos fiscais.

## **1 Paraísos fiscais – breves considerações**

O conceito inicial de paraíso fiscal conduz à ideia de país ou Estado soberano que não tributa ou tributa em valores ou percentuais baixos ou irrisórios a renda e o patrimônio das pessoas, físicas ou jurídicas, neles domiciliadas.

Com efeito, muitos desses países ou cidades-Estado espalhados pelo globo, normalmente com o propósito de atraírem capitais e patrimônios e fomentarem suas economias, passaram a não tributar ou mesmo a tributar em valores irrisórios os haveres daqueles que para lá resolvessem fixar seus domicílios, prática a rigor isenta de maiores críticas, por se tratar de reflexo do exercício soberano de seu poder de tributar.

Ocorre que, diante do sucesso de tal “vantagem competitiva econômica”, muitas regiões, províncias ou estados federados também adotaram tal prática, (exemplifique-se com as ilhas inglesas

do Canal da Mancha Alderney, Guernsey, Jersey e Sark) bem como, na concorrência pela maior atratividade dos capitais e patrimônios em busca de abrigo à tributação, passaram a oferecer e garantir o sigilo total ou parcial das informações fiscais, financeiras e empresariais dos agentes econômicos neles domiciliados, inclusive perante as autoridades dos países de origem de tais agentes.

Tal sigilo garantiu abrigo seguro para riquezas e patrimônios de origem criminoso, servindo inclusive de plataforma para o financiamento de organizações criminosas transnacionais ligadas ao terrorismo, tráfico internacional de drogas e armas, entre outras.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) – entidade criada em 30 de setembro de 1961, mediante convenção firmada entre o Canadá e os Estados Unidos da América com os membros da Organização para a Cooperação Econômica Europeia, tendo como objetivo primacial a cooperação para o desenvolvimento econômico entre seus membros – atenta ao problema e levando em conta um padrão fiscal internacional, estabeleceu quatro critérios para considerar as jurisdições como paraísos fiscais, a saber<sup>1</sup>:

- a) inexistência de tributação, ou tributação meramente nominal, sobre patrimônio ou renda;
- b) ausência de transparência em relação às informações fiscais;
- c) locais onde as leis ou práticas administrativas impedem o intercâmbio de informações fiscais e bancárias com outros governos;
- d) ausência de exigências e controle para os agentes econômicos se estabelecerem ou exercerem suas atividades.

Como corolário dessa definição, a OCDE passou a divulgar listas de países, ou territórios, tidos por paraísos fiscais, classificando-os tendo em conta o grau de cooperação internacional no compartilhamento de informações fiscais e bancárias, sendo que em 2 de abril de 2009 publicou em seu sítio eletrônico duas listas de paraísos fiscais: a) a de países e territórios que não cooperam e b) a dos países que cooperam, subdividida esta em países e territórios que cooperam totalmente e países e territórios que cooperam parcialmente.<sup>2</sup>

Indubitavelmente os paraísos fiscais colocam em risco a satisfação dos credores mundo afora, quando, no abuso do sigilo fiscal, bancário e empresarial, servem à proteção plena dos patrimônios de devedores neles estabelecidos, prática usualmente denominada Blindagem Patrimonial *Off-Shore*.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/documentprint/>>. Acesso em: 25 out. 2011.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/taxhaven/list>>. Acesso em: 27 out. 2011.

## 2 Um caso de Blindagem Patrimonial *Off-Shore*

Durante a análise da estrutura societária de uma empresa grande devedora da Procuradoria da Fazenda Nacional em Minas Gerais, deparei-me com um caso emblemático de Blindagem Patrimonial *Off-Shore*.

Tratava-se de empresa estabelecida e em operação num município da grande Belo Horizonte há mais de trinta anos, detentora de participação nacional significativa de seu segmento de mercado, titular de marca renomada de seu principal produto de comercialização.

Pois bem, dita sociedade foi constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, sendo que 99,99% das ações representativas de seu capital social era de titularidade de outra sociedade anônima de capital fechado, sua controladora.

Por sua vez, 99,99% das ações representativas do capital social da sociedade controladora eram de titularidade da empresa [...] *LLC*, ou seja, uma *Limited Law Company*, sediada na cidade de Cheyenne, capital e maior cidade do estado norte-americano do Wyoming.

Através de alteração estatutária registrada na Junta Comercial de Minas Gerais, os antigos controladores da empresa, como num passe de mágica, transferiram o controle da empresa para um estado componente dos Estados Unidos da América, tendo em vista que referido estado garante o sigilo das informações empresariais das empresas sediadas em seu território e constituídas sob suas leis.

É este o aspecto inusitado e desanimador do caso, um estado componente da grande Federação Estadunidense passível de ser denominado paraíso fiscal, pelo fato de garantir sigilo de informações referentes a empresas lá estabelecidas.

## 3 A legislação brasileira do Imposto de Renda e a lista da OCDE

O artigo 24 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto de Renda, estabelece critérios para o reconhecimento válido de dedução de despesas e apropriação de receitas nas operações de venda de bens de serviços praticadas entre pessoas domiciliadas no Brasil com pessoas domiciliadas em países sob regime de tributação favorecida, bem como conceitua os regimes fiscais privilegiados para fins de aplicação das mesmas regras aplicáveis às operações praticadas com domiciliados em paraísos fiscais, nos seguintes termos<sup>3</sup>:

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2000/lei943096.htm>>. Acesso em: 25 out. 2011.

**Art. 24.** As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento. § 1º Para efeito do disposto na parte final deste artigo, será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação.

§ 2º No caso de pessoa física residente no Brasil:

I - o valor apurado segundo os métodos de que trata o art. 18 será considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito; II - o preço relativo ao bem ou direito alienado, para efeito de apuração de ganho de capital, será o apurado de conformidade com o disposto no art. 19; III - será considerado como rendimento tributável o preço dos serviços prestados apurado de conformidade com o disposto no art. 19; IV - serão considerados como rendimento tributável os juros determinados de conformidade com o art. 22.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, considerar-se-á separadamente a tributação do trabalho e do capital, bem como as dependências do país de residência ou domicílio. (Incluído pela Lei nº 10.451, de 2002)

§ 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008) (Vide art. 41da Lei 11.727/2008)

**Art 24-A.** Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009)

I - não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

II - conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

III - não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

IV - não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

**Art 24-B.** O Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer os percentuais de que tratam o caput do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

Parágrafo único. O uso da faculdade prevista no caput deste artigo poderá também ser aplicado, de forma excepcional e restrita, a países que componham blocos econômicos dos quais o País participe. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

A Instrução Normativa SRF nº 188, de 6 de agosto de 2002, limitou-se a listar 23 países ou dependências com tributação favorecida ou que oponham sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas, para fins de aplicação das normas do Imposto de Renda.

Referida Instrução Normativa foi revogada em 4 de junho de 2010 pela Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010, que, além de listar os países ou dependências tidos como paraísos fiscais, elencou em seu artigo 2º quais seriam os regimes fiscais privilegiados, conforme adiante:

**Art. 2º** São regimes fiscais privilegiados:

I - com referência à legislação de Luxemburgo, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **holding company**; (Revogado pelo Ato Declaratório Executivo RFB nº 3, de 25 de março de 2011)

II - com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de "Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)" até 31 de dezembro de 2010;

III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **holding company**;

IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **holding company**;

III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.045, de 23 de junho de 2010)

IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.045, de 23 de junho de 2010) (Vide Ato Declaratório Executivo RFB nº 10, de 24 de junho de 2010)

V - com referência à legislação da Islândia, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **International Trading Company (ITC)**;

VI - com referência à legislação da Hungria, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **offshore KFT**;

VII - com referência à legislação dos Estados Unidos da América, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **Limited Liability Company (LLC)** estaduais, cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal; ou

VIII - com referência à legislação da Espanha, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (E.T.V.Es.)**;

IX - com referência à legislação de Malta, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **International Trading Company (ITC)** e de **International Holding Company (IHC)**.

Conforme dito anteriormente, a OCDE divulgou em 2 de abril de 2009 duas listas de paraísos fiscais: a) a de países e territórios que não cooperam e b) a dos países que cooperam, subdividida esta em países e territórios que cooperam totalmente e países e territórios que cooperam parcialmente.

Curiosamente, na lista dos países que cooperam totalmente se encontram Dinamarca, Holanda, Islândia, Hungria, Estados Unidos da América, Espanha e Malta, os mesmos que mereceram maior atenção da Receita Federal do Brasil, que, corajosamente, equiparou as operações praticadas para com tais nações, nas condições que define, àquelas perpetradas por paraísos fiscais.

A razão de tal conduta reside no fato, surpreendente é verdade, de que tais nações, democracias que funcionam sob o império do Estado Democrático de Direito, toleram práticas comerciais típicas de paraísos fiscais, especialmente a prática nefasta da blindagem patrimonial.

## 4 A recuperação judicial de créditos

No Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário detém, via de regra, o monopólio da força para a submissão legítima de vontade resistente a uma pretensão legítima.

O credor necessita da intervenção judicial para buscar no patrimônio do devedor recalcitrante o bem, ou seu valor em dinheiro, necessário à satisfação de seu crédito; todavia, jurisdição é reflexo da soberania estatal, ou seja, esta é o limite daquela, assim, como superar a perplexidade quando o patrimônio do devedor, alvo do credor, estiver fora do alcance da jurisdição do feito, pelo fato de sua titularidade estar acometida a pessoa jurídica domiciliada em paraíso fiscal?

Quando a efetividade da jurisdição se vê ameaçada pelo princípio da soberania das nações, necessária se faz a cooperação jurídica internacional de forma a garantir, via tratados e convenções, o intercâmbio entre as nações soberanas e o prestígio ao Princípio da Justiça Universal.

### 4.1 A cooperação jurídica internacional – uma novidade promissora

Num mundo globalizado onde a comunicação flui em segundos e a transferência de recursos financeiros pode ser feita em dias ou mesmo em horas, as cartas rogatórias, mecanismo tradicional de cooperação jurídica entre Estados soberanos dada sua utilização eminentemente processual e a conhecida lentidão em sua efetivação, não atendem à demanda dos credores, pois, até que os atos de constrição patrimonial nelas contidos sejam de fato implementados junto à jurisdição rogada, o devedor já teve tempo suficiente para se esquivar de seus efeitos.

Da necessidade de celeridade na efetivação de atos de cooperação jurídica internacional surge um novo mecanismo de cooperação que se convencionou chamar Auxílio Direto.

Ao contrário das cartas rogatórias que exigem juízo de delibação atribuído ao Superior Tribunal de Justiça, os pedidos de cooperação jurídica internacional feitos através do Auxílio Direto são acometidos diretamente ao juízo de primeira instância<sup>4</sup>, sendo que o trâmite de tais pedidos é efetuado pela Autoridade Central, conceituação presente nos Tratados que preveem tal mecanismo expedito de cooperação jurídica internacional.

No Brasil exerce a função de Autoridade Central em cooperação jurídica internacional a Secretaria Nacional de Justiça, por meio

<sup>4</sup> Art.7º da Resolução nº 9, de 4/5/2005, do Superior Tribunal de Justiça.

do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado pelo Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004.

As solicitações de Auxílio Direto baseiam-se em tratado ou acordos bilaterais (*Mutual Legal Assistance Treaties* ou *MLATs*) ou mesmo na promessa de reciprocidade, na ausência de tratado entre Estado demandante e demandado, e constituem uma inovação promissora, verdadeiro alento aos credores, pois, a despeito de serem mais frequentes os que versam sobre matéria penal e de família, não obstam a que as nações possam cooperar em matéria tributária ou empresarial, prevendo, inclusive, mecanismos cautelares, tais como o sequestro de bens e o congelamento de ativos financeiros (BRASIL, 2008, p. 26-27).

#### **4.2 A desconsideração da personalidade jurídica – a coragem na busca de efetividade na prestação jurisdicional**

As técnicas modernas de cooperação jurídica internacional são alvissareiras, mas ainda estão longe de significar um cenário prático e confiável de luta pela recuperação de créditos diante da Blindagem Patrimonial *Off-Shore* pelos devedores.

De toda forma, mesmo num cenário ideal de pleno e célere funcionamento de tais mecanismos internacionais de cooperação, a eficácia esperada de sua aplicação pode ser comprometida pela criatividade, digamos assim, dos agentes econômicos envolvidos em operações internacionais de blindagem.

Uma das formas usuais de Blindagem Patrimonial *Off-Shore* consiste na constituição de sociedades cujo capital, integralizado com o patrimônio que se pretende blindar, é representado por títulos ao portador, assim, a empresa existe e pratica os atos empresariais através de um Diretor ou Procurador, porém seus sócios não são passíveis de identificação, pois são aqueles que detêm a posse dos referidos títulos.

Ora, mesmo que o credor dos supostos sócios obtivesse êxito numa resposta efetiva e célere no manejo de mecanismos internacionais de cooperação judicial, teria que conviver com a frustração e a perplexidade ao se deparar com uma empresa sob a propriedade de verdadeiros fantasmas, sem nome ou domicílio identificáveis.

O Direito foi capaz de reconhecer efeitos jurídicos à prática de atos por parte de uma ficção – a pessoa jurídica –, dada sua inexistência na dimensão sensível e material de nosso plano fático.

Porém, repugna ao Direito a proteção do abuso, da fraude, da má-fé, especialmente quando, sob seu pretenso regular exercí-

cio, se está abusando das formas na prática dos atos com o nítido interesse de prejudicar a outrem.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica tal como prevista na cláusula geral a que se refere o artigo 50 do Código Civil de 2002 constitui ferramenta de extraordinária utilidade para o afastamento ocasional da autonomia da pessoa jurídica para que sejam excutidos os bens dos sócios ou administradores para fins de viabilizar a satisfação dos créditos contraídos pela pessoa jurídica.

Referido artigo contempla a denominada Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade, eis que sua aplicação exige prova da insolvência da pessoa jurídica, bem como a demonstração de desvio de finalidade (Teoria Subjetiva da Desconsideração) ou de confusa patrimonial, também denominada Desconsideração Direta.

A criatividade dos que pretendem fraudar é bem maior do que o texto da lei supõe, assim, a interpretação judicial do instituto contemplou a chamada Desconsideração Inversa, situação na qual, demonstrados os requisitos do instituto, afasta-se a autonomia da pessoa jurídica para atingir não o patrimônio dos sócios, mas sim o da própria sociedade para a satisfação das obrigações contraídas por aqueles.

Com menor aplicabilidade, dado o caráter drástico da medida e o risco de instabilidade no mundo dos negócios com impacto no volume de investimentos capitalistas, há a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade, que prescinde do requisito da confusão patrimonial e prova de insolvência, bastando a ocorrência do prejuízo ainda que culposo, hipótese presente na legislação ambiental.

Assim, trata-se de mecanismo legal capaz de devolver a crença na efetividade da justiça, mediante a retomada do uso correto e adequado das formas jurídicas utilizadas indevidamente e abusivamente para a prática de fraudes em detrimento dos credores e da economia e da credibilidade do sistema capitalista.

O temor de que o uso indiscriminado do instituto possa comprometer a segurança jurídica necessária à normalidade da vida empresarial e enfraquecer o empreendedorismo que caracteriza uma economia de mercado não se sustenta, pelo fato de que o Judiciário o tem utilizado com critério, desde que provados seus requisitos, que, no caso da Teoria Maior, são de ordem subjetiva e objetiva, aplicando-o sempre a determinados atos ou seus efeitos.

No REsp 948.117, a eminente relatora Nancy Andrichi pontuou com precisão o caráter finalístico do instituto, conforme adiante:

Assim procedendo, verifica-se que a finalidade maior da disregard doctrine, contida no referido preceito legal, é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. A utilização indevida da personalidade jurídica da empresa pode, outrossim, compreender tanto a hipótese de o sócio esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica para fraudar terceiros, quanto no caso de ele esvaziar o seu patrimônio pessoal, enquanto pessoa natural, e o integralizar na pessoa jurídica, ou seja, transferir seus bens ao ente societário, de modo a ocultá-los de terceiro.

Por se tratar de cláusula geral, não há razão para limitar seu uso em favor dos credores de obrigações civis, contratuais ou extracontratuais, pode perfeitamente se valer do instituto o credor trabalhista ou mesmo o fisco, por exemplo, sendo desnecessária a reprodução do instituto em todo e qualquer subsistema jurídico que trate do correto cumprimento de obrigações e dos meios para a garantia eficaz de tal cumprimento.

### **4.3 Um caso de aplicação judicial drástica da Teoria da Desconsideração diante de devedor com sede em paraíso fiscal**

A falência é o evento mais dramático na vida de uma empresa. Imagine-se o grau de dramaticidade na vida de uma empresa por sofrer os efeitos da decretação de falência de outra empresa em razão de ter entendido o Judiciário que ambas, mesmo que não possuam entre si vínculos societários formais, teriam praticado atos negociais simulados com o único propósito de ocultação do patrimônio da empresa falida em desfalque dos credores desta.

Pois é este o contexto de decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.259.018-SP, datada de 9/8/2011, DJe de 25/8/2011, cujo acórdão restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.

2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.
3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.
4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.
5. Recurso especial não provido.

As empresas perpetraram variados e complexos negócios jurídicos com o propósito de desfalcocar o patrimônio da empresa falida, quando ainda se encontrava em estado empresarial comatoso, e ocultá-lo perante seus credores, valendo-se do uso ilegítimo e irregular das formas jurídicas negociais, tudo sob uma aparência de exercício legítimo da liberdade contratual.

O Tribunal *a quo*, em decisão mantida pelo STJ, manejando o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, estendeu os efeitos da decretação da quebra de uma empresa a todas as outras que, em conluio com esta, teriam simulado, em verdadeiras pantomimas, atos negociais cujo conteúdo verdadeiro era deletério aos credores da empresa moribunda, assim agindo o Tribunal para levantar o véu de normalidade de todas e restaurar o *status quo ante* patrimonial da falida para a satisfação de seus credores.

A decisão é drástica em razão da magnitude e da complexidade dos atos perpetrados e da consequência nefasta destes, tendo o Tribunal chegado ao extremo de reconhecer a ocorrência de sociedades coligadas de fato, mesmo que sem a prova do requisito da participação acionária cruzada, previsto na Lei das S/A.

Observa-se que a gravidade da reação judicial funda-se no fato de que o patrimônio sob ocultação teve sua titularidade final acometida a empresas *off-shores* sediadas na Ilhas Virgens Britânicas, renomado paraíso fiscal, conforme trecho do voto condutor que abaixo se reproduz:

Isso é especialmente significativo quando nos debruçamos sobre a operação societária aqui descrita, consistente em arrendamento de bens, posterior inadimplemento da arrendante, retomada judicial da garantia, constituição de empresas para a administração desses bens e seu posterior redirecionamento a sucessivas sociedades que, na forma, são aparentemente independentes, mas cujo capital social é, na maioria das vezes, detido por sociedades off shore cuja efetiva propriedade não é dado aos credores da massa falida conhecer. (fl.12/14)

Diante de verdadeiro enredo jurídico para fins exclusivos de blindagem patrimonial, a relatora fundamenta o uso e a necessidade de aplicação do mecanismo da Desconsideração da Personalidade em desfavor das empresas envolvidas conforme adiante, *verbis*:

É possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem. Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da praxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica.

A decisão não é uma ameaça à livre iniciativa e estabilidade jurídica dos negócios privados, pilares de uma economia capitalista de mercado, mas sim uma correta, atual e corajosa resposta do Poder Judiciário ao uso abusivo da forma em prejuízo da credibilidade da mesma economia de mercado cuja solidez e respeitabilidade dependem do correto e adequado cumprimento das obrigações e deveres por parte de seus agentes.

## **Conclusão**

A guerra fiscal entre nações, mecanismo de atração de patrimônios sob a promessa de baixa ou nenhuma tributação, para fins de fomento das economias de países ou dependência destes trouxe como consequência nefasta a proliferação de ambientes de pro-

teção e blindagem de patrimônios, muitos produtos de crime, em prejuízo tanto no combate aos crimes transnacionais quanto dos credores dos titulares de tais patrimônios.

Democracias estruturadas sob o império do Estado Democrático de Direito dependem do vigor, solidez, agilidade e criatividade do Poder Judiciário mediante a prestação jurisdicional reparatória mesmo diante de empecilhos aparentemente intransponíveis, como a soberania das nações.

A despeito de o Brasil se inserir na busca de mecanismos modernos de cooperação jurídica internacional a fim de fazer prevalecer os interesses dependentes da colaboração de nações soberanas, o Superior Tribunal de Justiça, ao confirmar a correção no uso da Desconsideração da Personalidade Jurídica diante da Blindagem Patrimonial *Off-Shore* quando lesiva aos credores, lança senda promissora, corajosa e juridicamente equilibrada para reprimir prática tão odiosa quanto prejudicial à credibilidade do ordenamento jurídico e à dignidade do próprio Poder Judiciário.

## Referências

ARIÉS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada, I**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. Brasília, 2008. 536 p.