



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

**PETIÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE
JURÍDICA DE GRUPO ECONÔMICO – AUTOS 21.423/04**

Autor: Procurador do Município Bruno Otávio Costa Araújo

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA
DAS EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS.**

Autos n. 21.423/04

Execução Fiscal n. 515.052-3/04-6

Executado: CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA

Exequente: Município de São Paulo

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador infra-assinado, vem, respeitosamente, perante a V. Exa, nos autos da execução fiscal em epígrafe, esclarecer o que se segue para, ao final, requerer.

BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Execução Fiscal que visa a cobrança de ISS dos exercícios de 1994, 1995, 1996, 1997 e 1999 pela prestação dos serviços de incorporação imobiliária pelo contribuinte CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, identificado pelo CCM nº 1.010.019-9.

Devidamente citado o executado, apresentou exceção de pré-executividade, que restou rejeitada pelo julgador monocrático, bem como pelo Tribunal, que indeferiu o efeito ativo ao Agravo de Instrumento nº 664.082-5/4-00 e, posteriormente, negou-lhe provimento.

Diante da inércia do executado em garantir o juízo, requeremos a indisponibilidade de seus bens e direitos, com base no art. 185-A do CTN. Tal medida restou frutífera, posto que implicou na indisponibilização de inúmeros imóveis em nome de CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA.

Com o bloqueio dos imóveis, primeiramente a executada tentou a liberação dos bens, ao argumento de que os mesmos pertenceriam a terceiros adquirentes, que já teriam firmado compromisso de compra e venda, inclusive mediante a interposição de Agravo de Instrumento (nº 932.689-5), cujo pedido liminar fora negado pelo TJSP.

Por sua vez, o julgador monocrático concedeu ao devedor prazo para depósito de valor correspondente à dívida ou oferecimento de carta de fiança, a que respondeu o



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

executada não possuir recursos financeiros para tanto. Como se não bastasse, em que pese tenha desistido do Agravo de Instrumento interposto contra a indisponibilização de bens e direito, a CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA voltou a insistir na mera liberação do bloqueio de bens, sem qualquer oferta de bens livres e desembaraçados, em contra-prestação.

Diante disso, o julgador monocrático proferiu decisão para que a Fazenda informasse sobre quais bens pretende a manutenção da indisponibilidade, para convolação em penhora.

Antes de indicar sobre quais os imóveis a penhora deve ser efetivada, requeremos a realização de penhora “on line” que, após deferimento, mostrou-se infrutífera, por não ter sido encontrado numerário em nome da executada nas instituições financeiras.

DO ÔNUS QUANTO À INDIVIDUALIZAÇÃO DOS IMÓVEIS SOBRE OS QUAIS DEVA RECAIR A PENHORA

Como se pode perceber da análise dos autos, a executada se nega a indicar bens livres e desembaraçados para garantia do juízo, bem como a apresentar carta de fiança para tal finalidade.

E até mesmo em relação aos imóveis sobre os quais recaiu o bloqueio, a devedora CIMOB CIA IMOBILIÁRIA adota uma postura de inércia, não identificando, dentre a infinidade de bens que foram objeto da indisponibilidade, aqueles que se encontram em condições de penhora, que poderiam ser selecionados pelos critérios i) da não quitação total ou ii) do inadimplemento contratual.

Como é cediço, o compromisso de compra e venda gera direito a adjudicação compulsória, independentemente de encontrar-se registrado junto à Serventia de Imóveis (Súmula 239 do STJ).

No entanto, por óbvio, somente os compradores que hajam quitado integralmente o imóvel encontrarão guarida no Judiciário, quanto à sua intenção de ver adjudicado em seu favor imóvel objeto de compromisso de compra e venda não registrado.

Isso porque aqueles que apenas hajam iniciado o pagamento de imóvel objeto de compromisso de compra e venda pendente de registro não possuem direito real, que decorre exclusivamente do aludido ato, tampouco têm em seu favor causa suficiente para adjudicação compulsória do imóvel – por falta de pagamento integral.

No contexto fático acima explicitado, é bastante clara a necessidade de individualização dos bens passíveis de penhora para, conseqüentemente, dar andamento ao feito e liberar-se os imóveis que sejam imprestáveis à garantia do juízo, porquanto, embora não tenham sido objeto de registro, já se encontram totalmente quitados.

Ora, a individualização dos imóveis passíveis de penhora deve ser realizada pela incorporadora CIMOB! Isso porque é a construtora/incorporadora quem tem condições de identificar, dentre os bens bloqueados, aqueles que ainda não se



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

encontram quitados pelos compromissários compradores ou cujo adquirente se encontra inadimplente. A verificação de tal fato, aferível tão somente pela incorporadora, preveniria o tumulto em que o processo se encontra atualmente, com inúmeros Embargos de Terceiros e incidentes processuais, que em nada contribuem para o desfecho da execução.

Não obstante a isso, a executada, visando justamente agravar o tumulto instaurado no processo executivo e dificultar que o mesmo atinja seu fim – consubstanciado na satisfação material do credor, adota a estratégia de inércia quanto ao seu dever de colaboração com o juízo.

E mais! Na medida em que se opõe à indicação dos bens que já se encontram quitados, a executada provoca dano e incerteza na coletividade, prejudicando os interesses do grupo de compradores de imóveis que já hajam quitado o bem e que têm de se utilizar de medidas judiciais para liberação dos mesmos.

Ao invés de individualizar os bens que se encontram em condições de penhora, a CIMOB se utiliza do argumento de que todos já são objeto de compromisso de compra e venda para se quedar inerte, desconsiderando o fato de que tão somente a quitação gera direito de propriedade, em razão de adjudicação compulsória do compromisso não registrado. E mais! Usa a executada do tumulto processual eventualmente gerado por sua omissão – decorrência dos Embargos de Terceiros e outros incidentes processuais, para pressionar o Judiciário, no intuito de desbloquear os bens e ver a execução no estado em que se encontrava, qual seja, sem qualquer garantia do juízo.

Tal postura encontra-se claramente observada na petição de fls. 1453 e ss., cujos trechos devem ser aqui transcritos:

“Ocorre que a empresa Executada não dispõe de subsídios para efetuar depósito judicial no valor atualizado ora em discussão, haja vista tratar-se do montante de R\$ 22.153.713,54, bem como não é possível efetuar a contratação de Carta de Fiança em função de sua situação econômica, razão pela qual a Requerente fez um levantamento de todos os bens pertencentes do seu ativo e verificou que não se prestam a garantir o executivo fiscal, remanescendo, como fruto das atividades cursadas no passado, apenas os bens de estoque que foram indisponibilizados e já estavam comprometidos, por se tratarem de imóveis comprometidos para venda em decorrência das prestações pretéritas de incorporação que realizava e que, justamente pela existência dos terceiros compromissários compradores, puderem ser levadas a cabo no passado, na forma da legislação aplicável às incorporações!

Dessa forma, todos os imóveis que a Requerentes possui atualmente em seu nome fazem parte do seu estoque, sendo que qualquer constrição sobre o mesmo acaba por influenciar terceiros/clientes, pois tais imóveis/empreendimentos possuem, em sua totalidade, promessas de



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

compra e venda, as quais se encontram apenas pendentes de escritura definitiva para seus compradores/proprietários. ”

Seguindo esta estratégia, a devedora pretende claramente transferir o ônus de se individualizar os imóveis para fins de penhora à Fazenda exequente, na tentativa de, mais uma vez, deslocar o foco do processo executivo para questões incidentais que em nada contribuem para o desfecho do feito.

Ora, não basta um raciocínio muito apurado para se concluir que seria impossível à Fazenda Municipal indicar, unilateralmente, dentre os imóveis que foram objeto do bloqueio decorrente da medida do art. 185-A do CTN, aqueles que se encontram em condições de penhora, segundos os critérios da i) não quitação pelo compromissário comprador e ii) do inadimplemento! Quem tem o controle destas situações é a incorporadora executada! É tão somente a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, na condição de incorporadora, quem saberia dizer quais são os adquirentes que já quitaram os respectivos imóveis, e quais ainda se encontram pagando os respectivos financiamentos ou mesmo já estão em estado de inadimplência.

Tentar transferir tal ônus à Fazenda é corroborar a tentativa da executada em tornar o feito ainda mais tumultuado, em prejuízo ao interesse coletivo e ao interesse dos próprios compromissários compradores. Qualquer individualização a ser realizada pela Municipalidade quanto aos bens passíveis de penhora corresponderia a um tiro no escuro, o que daria ensejo à multiplicação de Embargos de Terceiros e outros incidentes processuais, inviabilizando, em definitivo, o andamento da Execução Fiscal.

DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DA GAFISA S/A NO PÓLO PASSIVO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM GRUPO ECONÔMICO – CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE E ABUSO DE DIREITO

Demonstrada a absoluta inviabilidade na transferência do ônus de indicação de imóveis à penhora ao Fisco Municipal, passaremos a discorrer sobre a necessidade de inclusão da Gafisa S/A no pólo passivo da lide, de modo a permitir a satisfação do crédito tributário e de se atingir o patrimônio daquele que se beneficia da utilização da pessoa jurídica para a prática de condutas qualificáveis como abuso de direito e fraude.

Inicialmente, cumpre ressaltar que está configurada nos autos a inexistência de outros bens da executada originária, CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, para garantia do juízo. Tal conclusão decorre tanto da negativação das várias tentativas de penhora “on line” realizadas no feito, bem como da expressa admissão pela devedor, que chega a dizer que não possui recursos financeiros para contratação de fiança bancária e que os únicos bens de seu patrimônio são aqueles já compromissados a terceiros adquirentes, nos termos da petição de fls. 1453/1457.

Ora, é no mínimo estranho que uma empresa que exerça a atividade de incorporação imobiliária, do porte da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, não possua



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

patrimônio suficiente para contratação de fiança bancária e o que é pior, não tenha sequer um centavo depositado em qualquer das instituições financeiras do País, conforme restou demonstrado pela negatização da penhora “on line”, de recentíssima data, conforme fls. 1675/1679.

Outra pergunta que permanece sem resposta é: como uma sociedade que se dedica à incorporação de empreendimentos imobiliários supostamente possui um patrimônio imobiliário que se restringe aos imóveis que já se encontram compromissados a terceiros adquirentes, conforme é defendido pela executada?

No entanto, a análise do Histórico dos atos praticados pelas sociedades GAFISA S/A e CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA , conjuntamente com alguns fatos a seguir relatados, nos leva à conclusão de que se deve atribuir a inexistência de patrimônio da executada à configuração de grupo econômico – caracterizado pela marca “GAFISA”, cuja criação e consolidação se deu em detrimento do patrimônio da devedora, o que demonstra a utilização do manto da pessoa jurídica para a prática de fraude e abuso de direito.

Ou seja, a GAFISA S/A utiliza-se de pessoa jurídica formalmente distinta - CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA para eximir-se de suas responsabilidades, dentre as quais a tributária, constituindo pessoa jurídica carente de patrimônio de modo a impedir que seu próprio patrimônio seja atingido, em nítida configuração de hipótese em que é necessária a desconsideração de personalidade jurídica.

Porém, antes de adentrarmos propriamente nos fatos relacionados ao caso, cumpre tecer alguns comentários sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Vejamos.

No ordenamento jurídico nacional, a introdução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu por meio de estudos doutrinários, sendo posteriormente absorvida pela jurisprudência e pelo direito positivo.

O precursor da difusão desta teoria no Brasil foi Rubens Requião, que, em 1969, proferiu brilhante conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná sobre o tema, depois publicada na Revista dos Tribunais com o título "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". O autor desenvolveu seu estudo a partir da análise das obras de *Rolf Serick*, *Pierrô Verrucoli* e *Maurice Wormser*, responsáveis pela sistematização da teoria no Direito Estrangeiro.

Apesar de então não existirem manifestações doutrinárias e legislativas acerca desta teoria, Requião sustentava a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico nacional, para impedir a prática de fraude ou abuso através do uso da personalidade jurídica. Segundo o doutrinador, a *disregard doctrine* aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. "É algo, diz ele, que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade". E, por isso, "em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre a



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito".^[32]

Acrescenta ainda:

“E assim, tanto nos Estados Unidos, na Alemanha ou no Brasil, é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas.”^[33]

Dessa forma, Rubens Requião concluía que o juiz brasileiro estava autorizado a desprezar a separação patrimonial existente entre a sociedade e seus sócios, quando verificada a prática de abuso de direito ou fraude por meio da manipulação indevida da personalidade jurídica. Contudo, ressalta que a desconsideração não visa anular a pessoa jurídica de forma definitiva, mas tão-somente declarar a ineficácia temporária dos efeitos da personalidade jurídica no caso concreto, prosseguindo posteriormente esta para fins legítimos.

Paulatinamente, o ordenamento jurídico nacional passou a editar normas e diplomas que continham em si hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos diversos ramos do direito, muitas vezes deturpadas de sua concepção original. É possível identificar na doutrina nacional autores que defendem que o primeiro diploma legal que contemplou a desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro foi o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, comumente conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho^[37]. Posteriormente, a matéria foi tratada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Em seguida, a teoria da superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica também foi consagrada na Lei nº. 8.884/94, que dispõe sobre a preservação e a repressão às infrações contra a ordem econômica, assim como pela Lei nº. 9.605/98, que disciplina a responsabilidade por lesões ao meio ambiente.

No contexto de positivação da desconsideração da personalidade jurídica, a entrada em vigor do Novo Código Civil foi de extrema relevância para que se estabelecesse no ordenamento jurídico nacional uma regra geral acerca do instituto, que servisse para orientar a sua aplicação não só no âmbito das relações civis, mas de todas as relações jurídicas.

Este diploma legal foi importante para resgatar os fundamentos originais da desconsideração e para evitar a sua utilização desenfreada e abusiva, definindo expressamente as hipóteses em que esta deve ser aplicada. Vejamos:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Pode-se perceber que a desconconsideração é contemplada pelo código como instrumento hábil a coibir e reprimir os abusos cometidos através da manipulação indevida do direito à personalidade jurídica. Ressalte-se que o abuso de direito se configura sempre que o seu titular o exercer para alcançar fins diversos daqueles que lhe foram atribuídos pela ordem jurídica.

O próprio Código Civil, em seu art. 187, estabelece a definição de abuso de direito: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Maria Helena Diniz, ao interpretar o artigo 187 do código, assevera: "O ato abusivo é uma conduta lícita, mas desconforme, ora à finalidade socioeconômica pretendida pela norma ao prescrever uma situação ou um direito, ora ao princípio da boa fé objetiva, como diz Ripert"^[43].

Assim, pode-se afirmar que o abuso do direito à personificação ocorre quando um grupo de indivíduos utiliza-se da faculdade conferida pelo Estado de constituir uma pessoa jurídica, com personalidade distinta das dos seus membros, para, com base na autonomia patrimonial do sujeito de direito constituído, atingir fins diversos daqueles previstos pelo ordenamento jurídico para este. Com isso, configura-se uma violação manifesta da função social da pessoa jurídica, o que enseja a sua desconconsideração, para atingir os responsáveis pelo uso indevido ou lesivo da personalidade societária.

De acordo com a legislação civil, o abuso do direito à personificação pode ser caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Tem-se o desvio de finalidade legitimador da desconconsideração quando a pessoa jurídica é utilizada pelo sócio ou administrador da sociedade para alcançar fins diversos daqueles vislumbrados pelo direito, quando da sua instituição. Por exemplo, quando o ente coletivo tiver sido constituído para burlar cláusula contratual de não-restabelecimento assumida pelo alienante de estabelecimento comercial junto ao terceiro adquirente.

Embora o Código Civil não tenha inserido dentro das hipóteses legitimadoras da desconconsideração o termo "fraude" - o que tem sido alvo de severas críticas -, insta afirmar que tal situação encontra-se implicitamente no seu texto, mais especificamente na expressão "desvio de finalidade". A fraude, como ato atentatório de direito de terceiro ou burla à lei, configura um desvio da finalidade para qual a personalidade societária foi instituída, enquadrando-se perfeitamente no objetivo da norma em espeque, qual seja, coibir e reprimir qualquer forma de manipulação indevida da pessoa jurídica perpetrada em detrimento de direito de terceiros de boa-fé.

Nesse sentido, posiciona-se José Tadeu Neves Xavier: "Entendemos que a idéia de fraude está inserta de forma implícita na redação do art. 50 do novo codex, quando faz referência ao abuso da personalidade e ao desvio de finalidade"^[44].

Alguns autores, numa visão mais ampla quanto às hipóteses de cabimento da desconconsideração, defende que esta seria cabível em qualquer tipo de fraude perpetrada com



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

manipulação indevida da pessoa jurídica. A exemplo, pode-se destacar o posicionamento de Sílvio de Salvo Venosa: "A modalidade de fraude é múltipla, sendo impossível enumeração apriorística. Dependerá do exame do caso concreto. Poderá ocorrer fraude à lei, simplesmente, fraude a um contrato ou fraude contra credores,..." [45].

Outro critério caracterizador do abuso da personalidade jurídica é a confusão patrimonial, que se configura quando há uma mistura entre o patrimônio da sociedade e os dos seus sócios, de modo que não é possível identificar a titularidade real dos bens. Nesse caso, a separação patrimonial formalmente estabelecida pela lei não é observada na atuação concreta da sociedade, o que enseja a desconsideração da pessoa jurídica.

Fábio Ulhoa, ao se manifestar acerca da confusão patrimonial como critério legitimador da desconsideração, pontua: "Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes...".

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é possível inclusive em caso de grupos econômicos, conforme Jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual há que se possibilitar a retirada do véu da pessoa jurídica para se atingir outras sociedades, formalmente distintas daquela que é parte no feito, mas que compõem o mesmo grupo econômico e que na verdade se confundem faticamente.

Ainda conforme interpretação dada pelo STJ, "impedir a desconsideração da personalidade jurídica em casos de grupos econômicos implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico"

Há que se ressaltar que, segundo os julgados a seguir colacionados, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros" (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).

Cumprido transcrever os seguintes julgados, que corroboram a tese quanto à aplicação da teoria da personalidade jurídica a empresas que formalmente compõem o mesmo grupo econômico e que **demonstram ser prescindível a propositura de ação autônoma para tanto, podendo ser a desconsideração levada a cabo incidentalmente, inclusive em processo de execução singular.**

Processo

RMS 12872 / SP RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA 2001/0010079-1



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Relator(a)

Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento

24/06/2002

Data da Publicação/Fonte

DJ 16/12/2002 p. 306

Ementa

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

- Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

- Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Veja

STJ - RESP 63652-SP (RMP 15/522, RSTJ 140/396),
RESP 211619-SP (RDR 20/292),
RESP 170034-SP (RJADCOAS 25/38, JBCC 185/526),
RESP 158051-RJ (LEXSTJ VOL.:00121/207, RSTJ 120/370)

Processo

REsp 1071643 / DF RECURSO ESPECIAL 2008/0144364-9



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Relator(a)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

02/04/2009

Data da Publicação/Fonte

DJe 13/04/2009

Ementa

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhece de recurso especial, por pretensa ofensa ao art. 535 do CPC, quando a alegação é genérica, incidindo, no particular, a Súmula 284/STF.

2. Quanto ao art. 2º da CLT, a insurgência esbarra no óbice contido na Súmula n. 07/STJ, porquanto, à luz dos documentos carreados aos autos, que apontaram as relações comerciais efetuadas pela executada e pela recorrente, o Tribunal a quo chegou à conclusão de que se tratava do mesmo grupo de empresas.

3. A indigitada ofensa ao art. 265 do Código Civil não pode ser conhecida, uma vez que tal dispositivo, a despeito de terem sido opostos embargos declaratórios, não foi objeto de prequestionamento nas instâncias de origem, circunstância que faz incidir a Súmula n. 211/STJ.

4. Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial, a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular n. 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância a quo, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial.

5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Processo



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

REsp 767021 / RJ RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

16/08/2005

Data da Publicação/Fonte

DJ 12/09/2005 p. 258

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão

conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo.

3. **“A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legítima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico”** (Acórdão a quo).

4. **“Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no**



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002).

5. Recurso não-provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

(grifos não originais)

DOS FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM QUE GAFISA S/A E CIMOB CIA IMOBILIÁRIA COMPÕEM O MESMO GRUPO ECONÔMICO, CUJAS EMPRESAS SE DISTINGUEM APENAS FORMALMENTE, DE MODO A ENSEJAR A DESCONSIDERAÇÃO INCIDENTAL DA PESSOA JURÍDICA PARA INCLUIR A GAFISA S/A NO PÓLO PASSIVO DA LIDE

Demonstrada a viabilidade de se incluir no pólo passivo de execução outra sociedade, distinta da executada originária, em razão de ambas se distinguirem apenas formalmente, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passaremos a comprovar que no caso sob análise as sociedades GAFISA S/A E CIMOB CIA IMOBILIÁRIA compõem um mesmo grupo econômico, com características suficientes a ensejar a inclusão da primeira no pólo passivo da lide.

Retomando o raciocínio iniciado acima, concluímos ser bastante estranho que uma empresa que exerça a atividade de incorporação imobiliária, do porte da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, não possua patrimônio suficiente para contratação de fiança bancária e o que é pior, não tenha sequer um centavo depositado em qualquer das instituições financeiras do País.

No entanto, a análise do Histórico das operações da sociedade aberta GAFISA S/A, conjuntamente com outros fatos, nos leva à conclusão de que a inexistência de patrimônio da executada decorre do fato desta compor o grupo econômico “GAFISA”, que é formado também pela GAFISA S/A, que se utiliza de pessoa jurídica diversa - CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA para eximir-se de suas responsabilidades, dentre as quais a tributária, constituindo pessoa jurídica carente de patrimônio de modo a impedir que seu próprio patrimônio seja atingido, em nítida configuração de hipótese em que é necessária a desconsideração de personalidade jurídica.

Vários fatos apontam para esta conclusão, o que pode ser comprovado pela farta documentação anexa, especialmente pelos documentos fornecidos pela própria GAFISA S/A à Comissão de Valores Mobiliários.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Ou seja, analisando-se o histórico da sociedade GAFISA S/A, percebe-se que sua personalidade se mescla com a da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, indicando confusão patrimonial entre ambas. A partir do surgimento da GAFISA S/A, observou-se o esvaziamento daquela, porquanto à GAFISA S/A transferiu-se toda a atividade imobiliária, os executivos, os funcionários, as marcas, patentes e licenças, tudo a indicar distinção meramente formal das sociedades.

Ademais, os controladores da CIMOB, além de transferirem o seu objeto social à GAFISA S/A, assumiram o compromisso de não competição com esta, passando a compor o Conselho de Administração da GAFISA S/A.

Vejamos.

DA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE GAFISA S/A E SEU ESTREITO RELACIONAMENTO COM A EXECUTADA CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA

Conforme documentação anexa, a sociedade GAFISA S/A, CNPJ nº 01.545.826/0001-07, iniciou suas operações, juntamente com as controladas, em 16 de dezembro de 1997, e tem atualmente por objeto social as atividades de i) promoção e administração de empreendimentos imobiliários de qualquer natureza, próprios ou de terceiros, ii) compra, venda e negociação com imóveis de forma geral, iii) construção civil e prestação de serviços de engenharia civil, iv) desenvolvimento e implementação de estratégias de marketing relativas a empreendimentos imobiliários próprios e de terceiros e v) participação em outras sociedades, no Brasil ou no exterior, com os mesmos objetivos sociais da Companhia.

Quando da sua constituição, o Capital da Cia. foi subscrito e integralizado em espécie e outros ativos da SPEL Empreendimentos e Participações S.A (sucessora da Saquarema Participações S/A) e da CIMOB Participações S/A (nova denominação da Gafisa Participações S/A), esta última por meio de sua subsidiária integral CIMOB Companhia Imobiliária (nova denominação da Gafisa Imobiliária S/A).

Mais especificamente, em 16 de dezembro de 1997, a CIMOB e a GP Investimentos (que operacionalmente foi representada por sua controladora Saquarema Participações S/A), associaram-se por meio de Protocolo de Associação, Compra e Venda de Ações e outros Pactos ('Protocolo'). **A associação objetivava transferir parte substancial das atividades de construção e incorporação imobiliária da CIMOB para uma nova companhia aberta, que teria 50% do seu capital detido pela CIMOB.** À época, a GP Investimentos era proprietária de uma companhia aberta denominada Inhaúma Participações S/A, que se encontrava em estado pré-operacional. Assim, as atividades da CIMOB acima descritas foram transferidas para Inhaúma Participações S/A, cuja denominação foi alterada para GAFISA S/A . A transferência das atividades disciplinada pelo Protocolo também envolveu transferência de empregados da CIMOB para a GAFISA.

A reestruturação societária ('operação') compreendeu basicamente as etapas descritas abaixo:



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Em 16 de dezembro de 1997, a Gafisa aumentou seu capital social mediante a emissão de 15.000.006 ações, sendo 10.000.0003 e 5.000.003 preferenciais, cujo agregado de subscrição correspondeu a R\$ 38.160.000,00, sendo R\$ 37.000.000,00 em ativos e R\$ 1.160.000,00 em dinheiro. A totalidade dessas ações foi subscrita pela CIMOB. Na ocasião, foi elaborado, nos termos do artigo 8º da Lei nº 6.404/76, laudo de avaliação que atribuiu aos ativos conferidos valor de mercado equivalente a R\$ 110.011.894,53. Esses ativos consistiam em direitos de permuta de terrenos por unidades do empreendimento. À época da operação, esses direitos estavam contabilizados na CIMOB por R\$ 15.846.000,00.

Na mesma data, a CIMOB vendeu à Saquarema 5.000.000 de ações ordinárias que detinha da GAFISA pelo valor de R\$ 11.139.000,00, pagos à vista.

Ainda na mesma data, a Brazil Development Equity Investments, controlada da GP Investimentos, subscreveu um segundo aumento do capital social da GAFISA, mediante a emissão de 5.000.000 de ações preferenciais, por um valor total de R\$ 44.556.000,00. **Com essas operações, a divisão do capital social da GAFISA entre a CIMOB e a SAQUAREMA, em conjunto com a Brazil Development Equity Investments ficou na base de 50% para cada.**

Nos termos do Protocolo, também ocorreu assunção condicional, pela GAFISA, das obrigações de liquidar, nos respectivos vencimentos, passivos da CIMOB decorrentes de contratos de financiamento até o limite de US\$ 25.000.000,00 convertidos na data do efetivo pagamento (R\$ 27.434.000,00, à época do Protocolo). Esta assunção ficou condicionada à prestação de determinados serviços, através de contratos específicos, relativos aos empreendimentos conferidos que ainda estavam em andamento. Os contratos de financiamento foram efetivamente liquidados nos seus vencimentos, com a liberação pela GAFISA das obrigações da CIMOB.

O Protocolo ainda previu que a CIMOB realizaria manutenção residual das atividades que desenvolvia em período anterior ao início da reestruturação, incluindo as atividades e empreendimentos não transferidos a GAFISA (os chamados 'Empreendimentos Remanescentes').

Por fim, ficou condicionada a adoção pela GAFISA Participações S/A e pela CIMOB, a partir da data do fechamento, das medidas necessárias para que, pelo prazo mínimo de 5 anos a contar do encerramento da construção do último dos Empreendimentos Remanescentes, a CIMOB concluísse os Empreendimentos remanescentes e mantivesse ativos totais em valor, no mínimo, 10% superior ao valor da soma do (a) passivo circulante, pelas partes no valor de R\$ 20.000.000,00.

Em decorrência dessas operações, a CIMOB ficou com patrimônio líquido de R\$ 99.621.000,00, conforme demonstrações financeiras auditadas em 31 de dezembro de 1997, superior em R\$ 24.351.000,00 em relação ao patrimônio anterior à operação. A Bendoraytes, Aizenman & Cia., auditores independentes da CIMOB, que a mesma se encontrava, após a operação, em situação de solvência, portanto, com bens e direitos suficientes para honrar seus compromissos assumidos. **Esclareça-se que considerado o**



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

valor dos ativos apurados no laudo, líquido de dívidas, o valor econômico auferido pela CIMOB após a operação também é superior do que aquele detido antes da associação. Além disso, tendo em vista que a CIMOB detinha 50% do capital social da GAFISA, parte do valor dos ativos reflete em seu valor econômico.

FORTALECIMENTO DA GAFISA S/A SE DEU EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO DA CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA E IMPLICOU NO ESAZIAMENTO DO PATRIMÔNIO E DO PRÓPRIO OBJETO SOCIAL DA EXECUTADA

As informações acima, disponibilizadas pela GAFISA S/A à Comissão de Valores Mobiliários apontam o estreito relacionamento entre esta e a executada CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, **podendo-se concluir que as sociedades confundem-se entre si, distinguindo-se tão-somente sob o aspecto formal, de modo a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica para inclusão da GAFISA S/A no pólo passivo da execução.**

Como se não bastasse a evidente confusão patrimonial, há que se ressaltar que parcela substancial das atividades de construção e incorporação imobiliária da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA acabaram migrando para a nova Companhia.

Tal fato fica cabalmente demonstrado pela leitura do item 11.01 das Informações Anuais prestadas à CVM pela GAFISA S/A, identificado como “Processo de Produção”: “A atividade de construção realizada pela Companhia tem por objeto: I) os empreendimentos incorporados pela própria GAFISA, II) empreendimentos incorporados por terceiros, III) empreendimentos incorporados pela CIMOB; e IV) empreendimentos incorporados pelas Sociedades de Propósito Específico nas quais a Companhia detém participação.”

Ou seja, a GAFISA S/A de certo modo sucedeu a executada nos seus empreendimentos, respaldando ainda mais a tese ora defendida, de que a distinção entre as pessoas jurídicas vem sendo utilizada para obstar a responsabilização da CIMOB CIA IMOBILIÁRIA. Ora, se a GAFISA S/A ficou contratualmente responsável pelos empreendimentos da CIMOB, não é necessário um raciocínio muito apurado para se concluir que o patrimônio da primeira deve ser acionado em caso de responsabilização decorrente dessas atividades, caso a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA careça de patrimônio, consoante verificado na hipótese.

Segundo referido raciocínio, merece ser destacado que o Protocolo de Associação previu que a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA realizaria apenas a manutenção RESIDUAL das atividades que desenvolvia em período anterior à reestruturação aludida, incluindo as atividades e empreendimentos não transferidos para a GAFISA.

Ficou também convencionado pela GAFISA S/A e pela CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA que, a partir da data do fechamento, seriam adotadas medidas necessárias para que, pelo prazo de CINCO ANOS, a Imobiliária concluísse os empreendimentos remanescentes.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

A transferência das atividades disciplinadas pelo Protocolo também envolveu a total transferência de empregados da CIMOB para a GAFISA!

Todos os fatos acima relatados integram as INFORMAÇÕES ANUAIS entregues pela GAFISA S/A à CVM, para conhecimento público.

Ademais, cumpre registrar que a distinção meramente formal entre CIMOB CIA IMOBILIÁRIA e GAFISA S/A também decorre do Histórico da primeira sociedade, conforme Informações Anuais prestadas à CVM: segundo este, o objetivo da nova empresa (GAFISA S/A) é justamente absorver toda a atividade imobiliária das empresas Gafisa (lembre-se que a Cimob já fora denominada Gafisa Imobiliária), devendo ser transferidos à Holding todos os funcionários da então Gafisa Imobiliária S/A, bem como a própria marca GAFISA.

Outro documento, de extrema relevância, que aponta a confusão entre as empresas, de modo a justificar a desconsideração da personalidade jurídica, para inclusão da GAFISA S/A no pólo passivo da lide, é o COMPROMISSO DE NÃO COMPETIÇÃO (vide anexo), assumido pelos controladores da CIMOB PARTICIPAÇÕES, então controladora da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, de modo a que, em nome próprio e também em nome de suas controladoras, a sociedade se comprometeu a:

“- não realizar, direta ou indiretamente, atividade ligada a:

I – promoção e administração de empreendimentos imobiliários, com exceção de uma área localizada na região da Av. Cantareira, Zona Norte de São Paulo,

II – negociação com imóveis, em caráter habitual,

III – construção civil e prestação de serviços de engenharia civil,

IV – desenvolvimento e implementação de estratégias de marketing relativas a empreendimentos imobiliários próprios ou de terceiros.”

A assunção de referido “Compromisso de não competição” teve reflexo direto na CIMOB CIA IMOBILIÁRIA, provocando o esvaziamento do seu objeto social, qual seja, loteamento e incorporação de imóveis e, conseqüentemente, implicou na extinção fática da sociedade.

Tal fato é de extrema relevância, na medida em que o esvaziamento do objeto social da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA implicou em falta de patrimônio da sociedade executada, inviabilizando a presente cobrança judicial dos créditos tributários, em benefício da GAFISA S/A que se manteve imune à responsabilização tributária, protegida pela distinção formal entre pessoas jurídicas.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Como se não fosse suficiente, nas Informações Anuais prestadas à CVM, a GAFISA S/A afirma que a CIMOB PARTICIPAÇÕES S/A e sua subsidiária integral CIMOB PARTICIPAÇÕES S/A são suas CONTROLADORAS, fato que por si só, já configura a existência de Grupo Econômico.

Nesse sentido, cumpre transcrever o seguinte trecho do documento anexado:

“Ao final do exercício social de 2000, a empresa tinha a seguinte posição de operações com controladoras/coligadas:

I) Empréstimo em conta-corrente, (...)

II) Serviços prestados à Controladora Cimob Participações S/A (...)

III) Serviços prestados à Controladora Cimob Cia. Imobiliária.”

A propósito, a GAFISA S/A aparece como subsidiária da CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, em documento encaminhado à CVM (vide documento anexo):

“Em razão do acordo de investimento de dezembro de 1997, a companhia passou a utilizar os serviços de sua subsidiária GAFISA S/A, constituída em associação com terceiros, para realizar os serviços das obras em andamento.”

Além disso, grande parte do corpo de funcionários da GAFISA S/A veio da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, conforme informado pela primeira sociedade à CVM para fins de divulgação externa quanto aos “talentos pessoais” que compõem a Companhia. Nesse sentido, cumpre transcrever os seguintes trechos do documento anexo, identificado como IAN, data base de 31/12/2000:

“A Gafisa, apesar de ser constituída há apenas três anos, conta com um quadro de executivos altamente qualificados e atuantes no setor imobiliário há mais de vinte anos. Boa parte do sucesso da Companhia deve aos talentos pessoais de tais executivos. **Vários destes executivos e grande parte dos funcionários que ocupam atividades gerenciais na GAFISA trabalhavam juntos na CIMOB e foram transferidos para a GAFISA, quando da sua constituição.**

(...)

A Gafisa acredita possuir profundo conhecimento sobre seu mercado de atuação. Isto se deve ao fato de possuir um quadro funcional composto de profissionais altamente qualificados e com experiência antiga no ramo imobiliário. **A maior parte dos empregados e executivos da GAFISA trabalham na empresa há mais de vinte anos, tendo sido transferidos da CIMOB, por força do Protocolo firmado em 16 de dezembro de 1997, entre a CIMOB e a Saquarema.”**

Ou seja, se a própria GAFISA S/A admite publicamente haver absorvido os empregados da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA que, repisa-se, teve esvaziado seu objeto social pela assunção do compromisso de não competição com a primeira, resta



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

bastante claro que na verdade ambas as sociedades são a mesma empresa, cuja distinção, meramente formal, foi utilizada como manobra para criação de uma nova sociedade, livre dos ônus e obrigações assumidos pela primeira, em prejuízo dos seus credores.

Analisando-se o quadro de Administradores das sociedades GAFISA S/A e CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, percebe-se de forma ainda mais clara que, em realidade, a distinção entre referidas pessoas jurídicas é meramente formal!

Isso porque, analisando o quadro de administradores de ambas as sociedades em 1997, chega-se a conclusão que na verdade as decisões de cada uma das pessoas jurídicas era tomada pelas mesmas pessoas, já que nada menos do que oito dos administradores das sociedades eram coincidentes, a saber:

- Cláudio Abel Ribeiro – Diretor Financeiro da CIMOB Cia Imobiliária e Conselheiro Administrativo da GAFISA S/A,
- Raul Leita Luna – Diretor Presidente da CIMOB Cia. Imobiliária e Presidente do Conselho Administrativo da GAFISA S/A,
- Ivo Alves Cunha – Diretor Superintendente da CIMOB Cia. Imobiliária e Diretor Presidente do Conselho Administrativo,
- Odair Garcia Senra – Diretor de ambas as sociedades,
- Euzébio de Moura Bicalho – Diretor da CIMOB Cia. Imobiliária e Diretor de Relação com Mercado da GAFISA S/A,
- Levi Zylberman – Diretor de ambas as sociedades,
- Bernardo Xavier de Brito – Diretor das duas empresas,
- Álvaro José Filgueira Lamin – Diretor de ambas as pessoas jurídicas.

A confusão entre as empresas, evidenciado pelo fato de as decisões de ambas serem tomadas praticamente pelos mesmos Administradores é respaldado por fatos atestados pela análise da documentação acostada. Ora, vários atos foram praticados pela CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA em benefício da GAFISA S/A, evidenciando ainda mais a confusão entre as sociedades.

Vejamos.

Inicialmente, há que se ressaltar que a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA transferiu à GAFISA S/A todas as marcas relacionadas no Instrumento de Cessão de Marcas anexo, de 16/12/97.

Dentre elas, foi cedida a marca GAFISA, notoriamente conhecida no mercado mobiliário, agravando ainda mais o esvaziamento patrimonial da executada.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Como se não bastasse, foram realizadas operações entre as empresas que culminaram na inviabilização do funcionamento da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, não obstante esta figurar como devedora tributária em montante na casa dos milhões!

A tal conclusão pode-se chegar analisando-se o “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO, PARCELAMENTO DE DÍVIDA, OUTORGA DE FIANÇA E OUTRAS AVENÇAS”, celebrado entre as sociedades em 11/04/2005, por intermédio do qual a CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA assumiu dívida de R\$ 25.075.744,00, relativa à emissão de debêntures da Gafisa SPE-1 S/A, pagando à credora (Rubi, empresa integrante do Grupo Bradesco) 1.800.000 ações ordinárias, representativas do capital social da GAFISA S/A .

No mesmo instrumento, a RUBI vendeu essas ações à URUCARI (empresa pertencente à SPEL, acionista da GAFISA S/A) e manifestou sua intenção de adquirir R\$ 24.000.000,00 em debêntures emitidas pela GAFISA S/A, desde que a referida aquisição ficasse vinculada ao pagamento da primeira parcela da dívida assumida (conforme o “considerando 1, item IV” e os “considerandos 3, 6, 8 e 9 do documento em referência, anexo).

Desta forma, A CIMOB CIA IMOBILIÁRIA assumiu dívida de R\$ 25 milhões da GAFISA SPE-1 S/A, cujo pagamento gerou para esta recursos próprios de R\$ 24 milhões, oriundos do Bradesco S/A, relativo à compra de debêntures.

Ou seja, referida operação gerou benefício econômico à GAFISA S/A e tão somente prejuízos à CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, o que demonstra que urge a necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica do grupo econômico GAFISA, para incluir a GAFISA S/A no pólo passivo da presente execução fiscal.

O Direito não pode ficar inerte perante situações extremas, como a aqui representada, em que a distinção entre pessoas jurídicas é utilizada para manobras que prejudicam os credores da CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA!

Finalmente, merece ser destacado que, da **análise histórica dos atos de gestão da GAFISA S/A, resta evidenciado que os ativos da CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA foram paulatinamente transferidos à primeira, que engordou o seu patrimônio às custas do esvaziamento patrimonial desta, sua acionista até dezembro de 2005.**

Se no momento da constituição da GAFISA S/A a CIMOB CIA IMOBILIÁRIA detinha o controle da Holding, em abril de 2005 sua participação foi reduzida para apenas 21,87% do total das ações ordinárias nominativas com direito a voto para, finalmente, culminar com a extirpação executada dos quadros de acionistas da GAFISA S/A, em dezembro de 2005 (vide informação endereçada à BOVESPA anexa).

Lembre-se que à época da constituição do crédito tributário em nome da executada originária CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA, 23/07/99 (DATA DO



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

**LANÇAMENTO, CONFORME CONSTANTE EM TODOS OS AIS), A CIMOB
CIA IMOBILIÁRIA ERA CONTROLADORA DA GAFISA S/A, O QUE
RESPALDA A TESE DE QUE ESTA ÚLTIMA DEVE RESPONDER PELA
DÍVIDA TRIBUTÁRA!**

**OU SEJA, O PERÍODO DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A
EXECUTADA E A GAFISA S/A COINCIDE COM AQUELE RELACIONADO À
COBRANÇA, de modo a corroborar a almejada desconsideração da personalidade
jurídica do grupo econômico!**

Corroborando a tese defendida pela Fazenda Municipal, lembre-se que o TJSP já decidiu, em diversas oportunidades, pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, relativamente ao grupo empresarial formado em torno da marca “GAFISA”, que tem como empresa controladora a GAFISA S/A . Nesse sentido, o teor do Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 627.242-4/0-00, cujos trechos do Voto do Relator cumpre aqui transcrever:

“Voto nº 16.887
Agravo de Instrumento nº 627.242-4/0
Comarca: Ribeirão Preto
Agravante: Gafisa S/A
Agravados: Dorival Alberto Rotiroti e outros.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.
POSSIBILIDADE. DESVIO DE BENS. INDÍCIOS DE FRAUDE OU DE
ABUSO DE DIREITO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da executada CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA, em dezembro de 1997, constituiu-se uma associação, entretanto, após a criação da personalidade jurídica GAFISA S/A, criou-se uma nova pessoa diversa de seus sócios com autonomia administrativa e financeira, mas, no ano de 2005, a sócia CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA deixou de ser sócia, alienando ações preferenciais de emissão da agravante, bem como utilizando as ações restantes para pagamentos de dívidas, daí porque não há motivo para inclusão da co-requerida como solidária a dívida contraída tão-só pela co-ré CIMOB. Pede provimento.

Concedido efeito suspensivo.

Integram a lide os agravados.

É o relatório.

A r. decisão não merece qualquer embargo por esta relatoria.

É cabível a desconsideração da personalidade jurídica.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

E isso simplesmente porque, sem tal desconsideração, a execução não terá condições de ter regular andamento.

Fala-se hoje, a propósito, em aplicação da teoria quando o processo judicial corre o risco de se esvaziar por obstáculo intransponível à composição do litígio, quando a “personalidade autônoma da sociedade empresária antepõe-se como obstáculo à justa composição dos interesses” (FÁBIO ULHO COELHO, Curso de Direito Comercial, Volume 02, 1999, Saraiva, p. 42).

(...)

A sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, além dos casos expressamente previstos em lei (ex. art. 2º, § 2º da CLT; art. 135, II do CTN), também decorre do princípio geral da boa fé, base da doutrina alemã construída sobre o ponto, do princípio que veda o uso abusivo do direito, e da cláusula geral sobre a ordem pública (art. 17 da LICC), que servem de fundamento para que se afaste pontualmente, presentes os pressupostos, a regra do art. 20 do Código Civil.

Relativamente à desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso, quem primeiramente tratou do tema foi o Prof. FÁBIO KONDER COMPARATO, em sua clássica obra: “O Poder de Controle da Sociedade Anônima”, no capítulo III, sob o título “Confusão Patrimonial Entre Titular do Controle e Sociedade Controlada. A Responsabilidade Externa ‘Corporis’, leciona:

‘Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto.

(...)

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle.

Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo, executando tais bens. É certo que, em se tratando de pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são, em regra, penhoráveis para a garantia do



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

cumprimento das obrigações do seu titular (apenas são impenhoráveis as quotas sociais de sociedade limitada de pessoas).’ (obra citada, p. 45/46).

(...)

Não há, como se pode observar, nenhuma vedação expressa no sentido de que, em havendo abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, não possa a questionada mesma ser aplicada, também, em relação a desconsideração inversa, ao contrário do que procura convencer a agravante.

Pouca importa que caberia somente a CIMOB a obrigação de outorgar as escrituras definitivas, obrigação essa que não poderia ser cumprida pela GAFISA S/A . O que responde a GAFISA S/A não é pelo cumprimento da obrigação de outorgar a escritura, **mas sim pelo pagamento da multa diária pelo não cumprimento da obrigação da devedora original, a CIMOB.**

Importa ressaltar que quando da imposição da multa em 2003, a CIMOB ainda era sócia da GAFISA S/A, e mesmo que aceito o argumento de que CIMOB deixou os quadros sociais da GAFISA S/A, o fez somente quando a obrigação da multa já havia sido constituída e, na medida em que não se logrou obter bens da CIMOB passíveis de suportar o encargo, resulta lícito desconsiderar sua personalidade jurídica para buscar bens da empresa da qual a CIMOB era sócia, ou seja, GAFISA S/A e a saída da CIMOB da sociedade se fez em prejuízo dos credores, sendo, portanto, ineficaz perante tais credores. Não nula ou sequer anulável a saída da sociedade, cujo direito não se lhe discute, mas ineficaz perante os credores.

Irrelevante e desinfluyente a discussão sobre se os diretores da GAFISA S/A e da CIMOB eram ou não os mesmos. A responsabilização da GAFISA S/A se dá pela desconsideração inversa da personalidade de sua sócia CIMOB, devedora principal.

O que se depreende foi o esvaziamento do patrimônio da CIMOB, que restou por deixar de ser sócia da GAFISA S/A . Mas tal escape de patrimônio, em especial a retirada da sociedade da GAFISA S/A depois de consolidada esta empresa então criada, não pode servir de justificativa para frustrar credores cujos créditos foram constituídos antes mesmo da saída da CIMOB da sociedade GAFISA S/A .

(...)”

No mesmo sentido, o TJSP manteve a desconsideração da personalidade jurídica do grupo “GAFISA”, levada a cabo pelo juiz monocrático em execução singular de modo a incluir na lide originariamente proposta em face de CIMOB CIA IMOBILIÁRIA a sociedade GAFISA S/A, conforme demonstra o Acórdão prolatado no julgamento da Apelação com Revisão nº 516.507-4/6, em que figurava como Apelante GAFISA S/A e Apelada Marta de Carvalho de Leonardí, conforme documentação anexa.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

Vale destacar, dentre os argumentos utilizados pelo Tribunal, os seguintes, abaixo destacados:

“Essas informações apontam o estreito relacionamento entre Gafisa S/A e a executada Cimob Companhia Imobiliária e a co-executada Cimob Participações S/A; é importante destacar que elas têm administradores em comum, tudo a evidenciar a existência do grupo Empresarial Gafisa, bem como a confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas que o integram.

Além da confusão patrimonial, as manobras societárias realizadas ao longo do processo, notadamente o resgate das ações pertencentes à Cimob Imobiliária S/A., sócia da co-executada Cimob Serviços Técnicos Ltda., logo após a desconsideração da sua personalidade jurídica, efetuado pela apelante Gafisa S/A, inviabilizaram a satisfação do crédito da apelada.

Como bem apontou o juiz na sentença: É o que da análise histórica dos atos de gestão da executada, restou evidenciado que os ativos da Cimob Companhia Imobiliária foram paulatinamente transferidos à embargante (Gafisa S/A), que engordou o seu patrimônio às custas do esvaziamento patrimonial daquela, sua acionista até dezembro de 2005.

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de extensão dos efeitos da execução à sociedade integrante do mesmo grupo empresarial.”

A ligação entre GAFISA S/A e CIMOB CIA IMOBILIÁRIA pode também ser comprovado pela propaganda retirada da Revista Veja São Paulo anexa. Na referida publicidade, que tem por estrela nada mais nada menos do que Gisele Bündchen, supostamente atribuída à GAFISA contém os seguintes dizeres: “Para viver bem, você não precisa entender de geometria. Mas saber identificar o triângulo da Gafisa ajuda muito”. **No entanto, no canto esquerdo da propaganda, há uma mensagem em letras minúsculas, no seguinte sentido: “A marca Gafisa foi transferida à Gafisa S/A, quando da sua constituição em 1997, pela sociedade hoje denominada Cimob Companhia Imobiliária, antiga Gomes de Almeida Fernandes Imobiliária S/A.”**

Ou seja, a ligação entre ambas as empresas é cabalmente admitida por aqueles que veicularam a mensagem atribuída à marca GAFISA, devendo-se, portanto, permitir a desconsideração da personalidade jurídica do grupo econômico para viabilizar o prosseguimento do presente executivo, de modo também a coibir a utilização da distinção entre pessoas jurídicas para a prática de fraudes.

CONCLUSÃO

Isto posto, demonstrada a presença de requisitos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, confusão patrimonial e diferença meramente formal entre as sociedades CIMOB CIA. IMOBILIÁRIA e GAFISA S/A, de



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO FISCAL

modo a impossibilitar a execução da segunda, em benefício do grupo econômico “GAFISA”, a Municipalidade paulistana requer:

a) a inclusão no pólo passivo da presente execução fiscal GAFISA S/A, CNPJ 01.545.826/0001-07, que deve ser citada à Avenida Nações Unidas, 8501/19º andar, Pinheiros, São Paulo/SP,

b) a manutenção da indisponibilização de bens e direitos, até que a executada originária, na condição de incorporadora, i) individualize os imóveis que ainda não se encontrem quitados ou cujo compromissário comprador já esteja adimplente, ii) ou ofereça garantia idônea iii) ou ainda, até que a GAFISA S/A, após sua inclusão na lide e citação, pague a dívida ou garanta o juízo.

Ressalte-se que a inclusão da GAFISA S/A no pólo passivo da execução não deve implicar em desbloqueio da medida do art. 185-A, cujos bens somente poderão ser liberados após a oferta de garantia idônea, previamente aceita pelo Fisco, seja pela executada originária, seja pela GAFISA S/A . Ademais, a CIMOB COMPANHIA IMOBILIÁRIA deve permanecer na lide.

Finalmente, apresenta em anexo demonstrativo atualizado da dívida, cujo valor é **R\$ 23.213.053,85** (vinte e três milhões, duzentos e treze mil, cinquenta e três reais e oitenta e cinco centavos).

Termos em que,
Pede deferimento

São Paulo, 04 de fevereiro de 2010.

Bruno Otávio Costa Araújo
Procurador do Município
OAB/SP 249.352