



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

MARCELO NASCIMENTO SILVA JÚNIOR

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEU
APRIMORAMENTO PELA LEI 13.874/19 (SEPARAÇÃO PATRIMONIAL, DESVIO
DE FINALIDADE E CONFUSÃO PATRIMONIAL)**

Salvador

2019

MARCELO NASCIMENTO SILVA JÚNIOR

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEU
APRIMORAMENTO PELA LEI 13.874/19 (SEPARAÇÃO PATRIMONIAL, DESVIO
DE FINALIDADE E CONFUSÃO PATRIMONIAL)**

Artigo apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Católica do Salvador.

Orientadora: Professora Ms. Silvia Campos
França Cohim.

Salvador

2019

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEU APRIMORAMENTO PELA LEI 13.874/19 (SEPARAÇÃO PATRIMONIAL, DESVIO DE FINALIDADE E CONFUSÃO PATRIMONIAL)

Marcelo Nascimento Silva Júnior¹

Silvia Campos França Cohim²

Resumo: O presente artigo busca analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, espécie de ineficácia da separação patrimonial que deve ser aplicada com estrita observação de seus pressupostos, quais sejam, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, modalidades configuradoras do abuso de personalidade. Para tanto, buscou-se compreender a pessoa jurídica e os efeitos da personalização, em especial a separação patrimonial. Nesse ponto se pretendeu identificar o ponto de equilíbrio entre a personalidade e a sua desconsideração, destacando-se seu caráter excepcional e relativo à obrigação pontual. A evolução do instituto revela sua gênese no sistema *commom law* através da *disregar doctrine*, posteriormente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. As primeiras doutrinas sobre o tema tiveram grande impacto na jurisprudência, porém sua aplicação ainda era objeto de grande discussão. Os primeiros diplomas legais trataram da “desconsideração” com um sentido próprio para cada caso, e dessa forma trouxeram ainda mais obscuridade para o aperfeiçoamento da unidade do instituto. A tentativa do Código Civil de 2002 foi válida, porém remanesceu uma interpretação aberta para as hipóteses de aplicação da desconsideração. Recentemente, a Lei 13.874/19 oriunda da Medida Provisória nº 881, buscou preencher as lacunas interpretativas para o aperfeiçoamento da aplicação desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Desconsideração da personalidade jurídica. Lei 13.874/19.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PERSONALIDADE JURÍDICA; 3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 3.1 ORIGEM HISTÓRICA; 3.2 INTRODUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO; 3.3 DESCONSIDERAÇÃO APÓS O CÓDIGO CIVIL DE 2002; 3.4 MÁ UTILIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 13.874/19;; 4.1 SEPARAÇÃO PATRIMONIAL; 4.2 BENEFÍCIO DIRETO OU INDIRETO; 4.3 DESVIO DE FINALIDADE; 4.4 CONFUSÃO PATRIMONIAL; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: marcelo.junior@ucsal.edu.br

² Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA (1972) e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA (1980). Professora assistente da Universidade Católica do Salvador- UCSAL. Procuradora aposentada do Banco Central do Brasil. Advogada. E-mail: silvia.cohim@pro.ucsal.br

1 INTRODUÇÃO

Nas complexas relações que o homem realiza no desenvolvimento de sua existência, estão aquelas envolvendo pessoas jurídicas, que também evoluíram e consolidaram sua personalidade no âmbito do Direito. Sua origem remonta à própria necessidade humana de superar obstáculos para a consecução de seus objetivos, com vistas ao sucesso do empreendimento. Sua existência se traduz na importância da associação de pessoas para a realização do empreendimento humano.

Os obstáculos que circundam a atividade individual são muitos e envolvem uma dimensão jurídica relevante para o tema aqui abordado. A começar pela limitação da pessoa que, sozinha, é incapaz de realizar aquelas atividades que se lhe exige uma extensão extracorpórea, transcendente da sua própria estrutura pessoal. Essa extensão é viabilizada a partir da reunião com outros indivíduos, que possibilita a realização de empreendimentos maiores através do trabalho coletivo. “A união faz a força”, que ajuda no atingimento de maiores e melhores resultados.

Mas a extensão aqui não se limita apenas ao sentido de reunião de pessoas, mas também de conhecimento técnico de cada uma. O *know-how* dos agentes é indispensável para o sucesso do empreendimento, e pode mesmo compensar o menor número de pessoas reunidas com o mesmo propósito. O conjunto de conhecimento, técnica, habilidades que um indivíduo pode agregar à sua atuação profissional integra o capital intelectual das pessoas jurídicas. Esse valor subjetivo reflete, inclusive, na valorização do estabelecimento empresarial na forma do aviamento, pois a capacidade de administrar e produzir lucro passa, necessariamente, por uma atividade subjetiva humana. Trata-se de um aspecto subjetivo³ na formação das pessoas jurídicas para o atingimento de objetivos melhores e maiores.

Também há de se considerar o aspecto econômico no interesse pela formação da pessoa jurídica, que mobiliza recursos para que seja possível a consecução de objetivos maiores. Os recursos destinados à formação do capital inicial permitirão o primeiro passo em busca de uma nova conquista.

Esse patrimônio social não se limita ao capital inicial composto pelas quotas integralizadas de cada sócio, mas também é composto por outros elementos, como aquisição de bens móveis e imóveis, que poderão sofrer valorização; e mesmo a reserva de parte do

³ Um dos efeitos desse traço subjetivo nas pessoas jurídicas é o aviamento. No Direito Empresarial, o aviamento reflete o impacto da subjetividade no exercício da atividade empresarial, e é levado em conta quando da negociação do estabelecimento empresarial. Segundo Gladston Mamede “é o resultado do capital intelectual investido” (p.241, 2016).

lucro para garantir operações da própria sociedade⁴. Para se atingir maiores objetivos é preciso mobilizar recursos suficientes, preparar uma estrutura complexa de capital e bens capaz de tornar a atividade empresarial possível de ser realizada.

É a partir desses obstáculos, intransponíveis para a pessoa natural, que surge a necessidade de formação de uma pessoa maior, distinta e autônoma (no que couber) em relação a seus integrantes, a pessoa jurídica. Da necessidade de se reunir e se organizar para transpor aqueles obstáculos, a pessoa jurídica firmou-se na sociedade e no Direito.

Contudo, situações há que permitem, em caráter excepcional, a extensão das obrigações assumidas pela pessoa jurídica para alcançar bens particulares de seus integrantes. Para tanto, é preciso que se configure a presença de requisitos viabilizadores da desconsideração da personalidade jurídica. A regra, reitera-se, é da autonomia patrimonial, e somente pela via de exceção há falar em desconsiderá-la.

Desse ponto se depreenderá o papel da desconsideração da personalidade jurídica para afastar a separação havida entre os sujeitos pessoa física e jurídica, e alcançar aquele que deu causa ao abuso de personalidade mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, e beneficiou-se direta ou indiretamente⁵. Tais critérios são exigíveis para a aplicação da desconsideração, pois a personalidade da pessoa jurídica exige do operador do direito cautela no seu manuseio.

A discussão sobre o tema ganhou novos contornos recentemente com conversão da Medida Provisória nº 881 na Lei nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), que inseriu no texto do art. 50 do Código Civil importantes modificações no que tange a desconsideração da personalidade jurídica. Sobre o tema se falará mais detidamente quando do desenvolvimento do presente artigo.

Diante desse cenário, o problema que se pretende enfrentar tem por escopo entender como os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser compreendidos para a correta aplicação do instituto, especialmente a partir da sua nova regulamentação na Lei nº 13.874/19, que disciplinou mais cuidadosamente o que antes estava posto com menos clareza.

A partir de uma análise mais detida sobre a desconsideração da personalidade jurídica, se buscará melhor conhecer o instituto, identificar os dispositivos balizadores presentes no Código Civil, bem como sua melhor interpretação a partir da nova lei.

⁴ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Atual. Carlos Henrique Abrão – 40. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146.

⁵ A necessidade do benefício direto ou indireto da manipulação da personalidade para fim de desconsiderá-la foi recentemente introduzida pela Lei nº 13.874/2019, como se mostrará em capítulo apropriado.

À medida que o tema da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolve entre sujeitos de direito, a sua análise ganha relevância por tentar compreender quais são os limites de um em relação ao outro. A personalidade jurídica é mola de propulsão para direitos e deveres, tanto em relação à pessoa natural quanto à pessoa jurídica. Fato é que a personalidade jurídica, para que seja desconsiderada, ainda que em medida excepcional, exige a observação das regras disciplinadas no art. 50 do Código Civil.

O objetivo do presente artigo não é tratar de todas as modificações trazidas pela Lei nº 13.874/19, que foram muitas e em diversos diplomas legais, mas sim, repousar a atenção sobre os artigos 49-A; 50, *caput*, §1º e §2º, I, II e III do Código Civil de 2002, acrescidos ou alterados pela nova lei, cujo teor diz respeito, respectivamente, a separação patrimonial; desconsideração da personalidade jurídica; desvio de finalidade; confusão patrimonial e suas hipóteses.

Para tanto, buscou-se percorrer o caminho lógico do tema que se propõe analisar. A personalidade jurídica inaugura este artigo pois é preciso saber, primeiramente, sobre o que recai a desconsideração, para então analisarmos o instituto em si, considerando brevemente sua história no Direito. Ato contínuo, observa-se a sua evolução na ordem jurídica interna a partir de importantes marcos que influenciaram sua aplicação, tal como o Código Civil de 2002, a Medida Provisória nº 881, e a sua conversão na Lei nº 13.874/19.

Quanto à pesquisa científica, foi utilizado, conjuntamente, a pesquisa bibliográfica, uma vez que o tema exige a compreensão de conceito doutrinários trazidos em artigos e livros, bem como o levantamento de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça relacionado ao tema. A abordagem do problema foi da perspectiva qualitativa, na medida em que se buscou, a todo momento, interpretar, compreender e avaliar o objeto de pesquisa a partir do que sobre ele já foi elaborado e desenvolvido.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA

O primeiro passo deste artigo cuida de algumas lições preliminares sobre o tema. A primeira delas é quanto à pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Miguel Reale⁶ o homem não é o único sujeito, em sua estrutura física, capaz de direitos e obrigações. A necessidade de realizar nossos objetivos não nos permite o completo isolamento em relação aos demais, sem laços permanentes. É daí que surgem grupos, que o Direito situa e dimensiona, conferindo-lhes personalidade própria. São estas as chamadas pessoas jurídicas.

⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.233.

A afirmação do que seja pessoa jurídica, contudo, não escapou ao problema de como ela pode existir por si mesma, estendendo-lhe, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. Na esteira de suas lições preliminares, para Miguel Reale a teoria que mais se ajusta à realidade atual é a institucionalista, fundada por Maurice Hauriou para quem a unidade designada pela pessoa jurídica é a unidade de fim ou de ordem, ou seja, uma existência no sentido teleológico⁷. Essa teoria aparece como meio entre dois extremos, que por um lado concebia a pessoa jurídica apenas como ficção jurídica (Savigny), e por outro a considerava como existência real, no plano biológico (Gierke).⁸

A pessoa jurídica existe, portanto, pela reunião de diferentes sujeitos, múltiplos e distintos, que se relacionam para atingir um objetivo comum, guiados por uma ideia diretora que confere a este conjunto uma unidade.

Corroborando com este entendimento quanto a natureza jurídica da pessoa jurídica, Cristiano Chaves realça que a teoria institucionalista, ou, como prefere referir-se, teoria da realidade das instituições jurídicas, se traduz no reconhecimento da personalidade, atribuída pelo direito, também a outros entes, como os agrupamentos de pessoas ou destinações de patrimônios, para que possam realizar seus fins próprios a partir da reunião de vontade das pessoas naturais que lhe deram vida.⁹

Em relação à pessoa jurídica, a atribuição de sua personalidade jurídica se dá pelo ordenamento jurídico. Quanto às pessoas jurídicas de direito público, sua personalidade é conferida pela norma jurídica (sentido amplo), ao passo que as pessoas jurídicas de direito privado têm sua personalidade reconhecida apenas quando do registro de seu ato constitutivo no órgão competente. O registro do contrato ou estatuto social se dá em Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas quando se tratar de associações, fundações e sociedades simples. Em se tratando de sociedades empresárias, o registro de seus atos constitutivos se dará nas Juntas Comerciais.¹⁰

Como consequência da constituição de personalidade jurídica das sociedades nascem situações relevantes para o Direito. A primeira delas é a formação de um patrimônio próprio, que segundo Fran Martins:

[...] é justamente a totalidade do patrimônio que vai responder, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Daí concluir-se que

⁷ *Ibidem*, p. 235.

⁸ *Ibidem*, p. 234.

⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, vol.1. Salvador: Juspodivm, 2016, p.412.

¹⁰ *Ibidem*, p. 433.

qualquer tipo de sociedade responde *ilimitadamente*, isto é, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações por ela assumidas. Os sócios é que, segundo o tipo social, podem limitar suas responsabilidades perante terceiros.¹¹

Outros efeitos da personalidade jurídica é o nome empresarial, próprio das pessoas jurídicas, que devidamente registrado passará a gozar de proteção legal; o domicílio próprio, também chamado de sede social, onde a sociedade tem sua administração; e por fim, dentre as principais consequências, a nacionalidade própria, que poderá mesmo ser distinta da nacionalidade dos seus sócios, sendo consideradas brasileiras aquelas sociedades formadas de acordo com a lei brasileira e com sede em território nacional.¹²

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Após adquirir personalidade jurídica, a pessoa jurídica irá obter responsabilidade própria pelos seus atos, sendo ela a pessoa que exerce a atividade que lhe deu causa, e não seus integrantes, preservados, dentro do possível, de responsabilização pessoal. Contudo, o ideal da norma legal não se mantém quando confrontado com a realidade, e haverá situações em que tal personalidade da pessoa jurídica é desvirtuada pelos seus integrantes. Para tal situação de desvio do uso da personalidade, se instituiu um remédio, que como qualquer outro, deve ser aplicado na medida certa, sob pena de agravar o quadro patológico: a desconsideração da personalidade jurídica.

O agravamento em questão é resultante da desconsideração mal administrada. Isso porque desconsiderar é, em última instância, romper com uma ideia fundadora da própria pessoa jurídica, a separação patrimonial. Em termos mais claros e refinados “desconsiderar significa derrogar o princípio da separação entre a pessoa colectiva e aqueles que por detrás delas actuam¹³”.

A relação jurídica entre integrantes da pessoa jurídica e a própria pessoa jurídica revela haver um limiar entre as obrigações e respectivas responsabilidades dos sujeitos envolvidos.

A autonomia patrimonial é essa marca que separa os patrimônios das pessoas e os direcionam para as respectivas obrigações. Significa que, via de regra, não se poderá exigir do

¹¹ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Atual. Carlos Henrique Abrão – 40. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146.

¹² *Ibidem*, p. 150.

¹³ Pedro Cordeiro, A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais *apud* MUNHOZ, Eduardo Secchi, **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, nº 134, ano XLIII, abril-junho. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 25.

sócio uma satisfação creditícia por obrigações contraídas por outra pessoa, qual seja, a pessoa jurídica que ele, o sócio, integra. Isso porque, no que pese a integração entre os sujeitos, as responsabilidades pelas obrigações assumidas correm separadamente na medida em que há entre eles uma separação patrimonial.

Aquele que busca desenvolver atividade econômica através de uma pessoa jurídica, busca o benefício assegurado pelo direito a quem adotar essa forma - a atribuição de uma nova personalidade ao ente autônomo - separando pessoa jurídica dos sócios ou administradores.

Esse novo ente, surgido, via de regra, pela associação de pessoas, tem direitos e obrigações próprias, e não se confundem com a aqueles direitos e obrigações de seus membros, que assumem o risco limitado de prejuízo a partir do investimento de parcela de seu patrimônio¹⁴. A alocação e a segregação de risco são os meios para alcançar, como resultado, o estímulo ao empreendimento.

No Direito Empresarial, como em qualquer outro ramo do Direito, existem princípios que orientam o desenvolvimento de seus institutos, servindo-lhes de base para produção de seus efeitos. Nesse sentido, três princípios se destacam pela estreita relação com o tema em análise, e devem ser considerados para sua melhor compreensão.

O primeiro deles, já brevemente abordado, é o princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária. Essa autonomia cuida de uma técnica de segregação de risco, e seu uso implica em afastar dos sócios, até o limite do patrimônio social, a responsabilidade pelas obrigações assumidas pela sociedade, ou seja, a responsabilidade social. Outra implicação, de ordem econômica, é a atração de investidores para projeção de seus negócios no Brasil. A adoção pelo ordenamento jurídico de alguma técnica de segregação de risco é diretamente proporcional à atração de investimentos, pois resguarda o investidor de perdas elevadas ou total em caso de insucesso do empreendimento¹⁵.

Outro importante princípio é o da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, em verdade uma derivação da autonomia patrimonial. Se a pessoa jurídica é um centro de interesses autônomo, é preciso exaurir suas possibilidades para só então se passar a outro centro/sujeito, o das pessoas de seus sócios. Ressalte-se que esse princípio se aplica a todas as sociedades pois o patrimônio social responde em primeiro plano pelas

¹⁴ BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. **JOTA**, 2019. Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil-23052019 >. Acesso em: 04 de nov. de 2019.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41-43.

obrigações assumidas pela sociedade, independentemente da limitação em relação aos seus sócios¹⁶.

Compondo a tríade de princípios que fundamentam a teoria da pessoa jurídica e justificam a aplicação correta e excepcional da teoria da desconsideração, está o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. É com fundamento na separação dos patrimônios que se cogita de uma limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.

Tendo em vista o perfil dicotômico de investidores, aqueles que evitam riscos (perfil conservador) e aqueles assumem tal risco com expectativa de lucro também elevada (perfil arrojado), a responsabilidade limitada dos sócios busca harmonizar os interesses de ambos perfis de investidores, estimulando o desenvolvimento da atividade econômica para os mais conservadores, e reduzindo, ao final, o preço de produtos e serviços ofertados por aqueles investidores arrojados, que buscam, inicialmente, compensar o alto risco com lucros também altos¹⁷.

Esses princípios lançam por terra o preconceito contra empresários de que, supostamente, são os únicos beneficiados pelas regras de direito empresarial. Vê-se com clareza que o benefício de tais princípios ultrapassa a figura do próprio empresário e reverbera seus melhores efeitos para a própria coletividade que terá a seu dispor mais opções que buscam satisfazer suas necessidades e querências, por um preço mais competitivo no mercado.

3.1 Origem Histórica

A desconsideração da personalidade jurídica, se desenvolveu inicialmente nos países de sistema *Common Law*, favoráveis a construções jurisprudenciais com base no caso concreto, em detrimento da lei, no sentido formal desta, pressupondo um processo legislativo. No caso da desconsideração, parte dos doutrinadores remontam sua origem ao caso *Solomon x Solomon Co.*, em 1897, na Inglaterra¹⁸.

Outros reconhecem sua origem no caso *Bank of United States vs. Deveaux*, de 1809 como o primeiro precedente em razão da efetiva aplicação da teoria neste caso para assegurar a competência da corte julgadora, enquanto que naquele outro houve reforma pela *House of*

¹⁶ *Ibidem*, p.44.

¹⁷ *Ibidem*, p. 44-46.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário**, v. 1. 8ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 314-315.

Lords da decisão que inicialmente acolhera a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Fato é que existe consenso em reconhecer que o maior desenvolvimento da teoria se deu nos Estados Unidos da América com a flexibilidade trazida pelo sistema da *Equity* (equidade) nos julgamentos das *Equity Courts*. Nessas cortes a preocupação da justiça para o caso concreto, através da busca do justo e da verdade, autorizava a autoridade judicial a mitigar regras mais rígidas da *Common Law*. Assim, ganhou corpo a Teoria da *Disregard of Legal Entity*¹⁹.

3.2 Introdução da Teoria da Desconsideração no Direito Brasileiro

No Brasil, é pelas mãos do professor Rubens Requião²⁰ que a teoria da desconsideração (*disregard doctrine*) ganha formatação doutrinária e passa a influenciar o ordenamento jurídico interno. Na sua obra, precursora da matéria na literatura jurídica nacional, o professor Rubens assume sua posição na teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual somente seria possível afastar a autonomia patrimonial nos casos em que ficasse configurado o abuso de direito individual ou a fraude, ambas analisadas a partir de um prisma subjetivo. Não há falar para os adeptos dessa teoria de situações fático-objetivas autorizadas da desconsideração²¹.

A teoria subjetiva, ou ainda unitarista ou clássica, deu o primeiro passo na análise do instituto no Brasil. Assim, foram lançadas as premissas teóricas do que viria a ser a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, pelo menos em seu primeiro momento no ordenamento jurídico nacional. Tais ideias não ficaram separadas dos tribunais, que passaram a adotá-la em suas decisões, formando jurisprudência nesse sentido²².

¹⁹ NUNES, Hélio da Silva. A “disregard doctrine” - A falência – A extensão da falência e extensão dos efeitos da falência. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXXIX, n° 120, p. 25-26, outubro-novembro, 2000.

²⁰ Rubens Requião, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário**, v. 1. 8ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 316.

²¹ Cuida da teoria objetiva, introduzida no Brasil principalmente pelos estudos do professor Fábio Konder Comparato, segundo a qual além das situações subjetivas, existem outros quadros objetivos configuradores da desconsideração, como, por exemplo, o desvio de função, que independe da aferição de culpa.

²² MUNHOZ, Eduardo Secchi, Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLIII, n° 134, p. 27-28, abril-junho, 2004.

A primeira suposta aparição legal - lei em sentido estrito - da *disregard doctrine* no Brasil só se deu com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)²³; posteriormente, a Lei 8.884/1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, trouxe para este contexto a possibilidade da desconsideração; em 1998, com a edição da Lei 9.605, que regula os crimes ambientais, mais uma vez o legislador regulamentou o tema da desconsideração²⁴. Tais previsões receberam críticas por parte dos comercialistas, que não identificaram em seu teor o reflexo dos fundamentos originários da desconsideração, tal como foi pensada quando de seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro através da jurisprudência.

Aqui, importante ressaltar que o presente artigo não pretende delinear os dispositivos dos diplomas legais supracitados, apenas a eles se referindo para introduzir uma noção cronológica, no plano legislativo, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. Como se verá, não seria possível a defesa simultânea das teorias que fundamentam tais diplomas, juntamente com a teoria que serve de base ao Código Civil, posto que interpretam a aplicação do instituto de modo consideravelmente diverso e se equivocam ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica como gênero, pois cuida, em verdade, de uma técnica da ineficácia da separação patrimonial, ou seja, de uma espécie com aplicabilidade mui estrita.²⁵

3.3 Desconsideração Após O Código Civil De 2002

As críticas por parte da doutrina aos dispositivos legais mencionados foram parcialmente atendidas pelo legislador quando da edição do Código Civil de 2002, que se voltou para os ideais objetivos da desconsideração, realçando seu traço excepcional, apesar de fazê-lo em termos genéricos, que até pouco tempo careciam de melhor regulamentação.

Mas antes de iniciar a análise do instituto a partir do Código Reale, interessante verificar o primeiro intento legislativo no sentido de regulamentar o tema na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 49 do projeto original do Código Civil, de 1975, *in verbis*:

²³ A primeira aparição do instituto no contexto legal brasileiro foi firmemente criticada à época, e ainda o é nos dias de hoje, pois não se trata sequer de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de uma outra técnica de ineficácia da separação patrimonial, que erradamente se atribui o nome de desconsideração.

²⁴ BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. **JOTA**, 2019. Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil-23052019 >. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. A desconsideração da personalidade jurídica. **Youtube**, 24 de set. 2019. (1h27m11s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=csgOHQsTxLo&t=989s> >. Acesso em: 14 de nov. 2019.

Art. 49: A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, casos em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a **dissolução**.

Parágrafo único: Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração (Grifo nosso).

O texto da época recebeu contundentes críticas de notáveis comercialistas, a exemplo dos professores Fábio Konder Comparato e José Lamartine Corrêa de Oliveira, pois confundia despersonalização da pessoa jurídica com a desconsideração excepcional e pontual da separação patrimonial. A redação foi alterada antes mesmo que entrasse em vigor, para dar luz ao dispositivo que serviu de base, até hoje, na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, o art. 50 do Código Civil de 2002, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.874/19, que o alterou para melhor regulamentá-lo, estabelecia que:

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 obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Não se pode negar o avanço que tal dispositivo representou para a aplicação do instituto. Foram lançadas as bases sobre as quais a interpretação do operador do direito deveria repousar. Porém, no que pese o esforço por tornar a aplicação do instituto coerente com seus fundamentos, o legislador careceu de melhor detalhamento, e deixou em aberto o sentido de expressões importantes para a manutenção do instituto.

O sentimento misto em relação ao antigo art. 50 do Código Civil de 2002, se traduz na comparação feita por Eduardo Secchi Munhoz em artigo publicado em revista especializada, segundo o qual:

Não há dúvida de que a redação atual²⁶ é melhor do que a versão anterior. De forma coerente com a doutrina mais abalizada, define a desconsideração como uma suspensão provisória, em situações determinadas, do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus sócios e administradores (não apenas administradores, como na versão original). Também coerente com a melhor

²⁶ O termo refere-se ao art. 50 CC/02 anterior à Lei nº 13.874/19, que vigorou sem a devida regulamentação por muitos anos.

doutrina foi a definição do abuso do instituto, ou seja, do abuso da personalidade jurídica, como pressuposto da desconsideração, estabelecendo-se, desde logo, as hipóteses de desvio de finalidade e de confusão patrimonial, como caracterizadoras da situação abusiva. Apesar desses inegáveis avanços, não se pode deixar de reconhecer que o dispositivo não será suficiente para eliminar a incerteza que atualmente cerca a matéria, pois remanescerá aos juízes ampla margem para interpretar os conceitos indeterminados nele previstos (abuso de personalidade, desvio de finalidade, confusão patrimonial), segundo os critérios que pareçam mais adequados à justiça do caso concreto [...] ²⁷

A ampla margem para interpretação de que cogitou o mencionado autor e com ele muitos outros doutrinadores, foi ganhando forma ao longo dos anos em que vigorou a norma do art. 50 CC/02 antes de seu aperfeiçoamento pelo Lei 13.874/19. Nesse sentido, há julgados recentes que expõem jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça no sentido de confirmar a teoria maior nas relações civis-comerciais:

Esta Corte Superior firmou posicionamento no sentido de que, nas relações civis-comerciais, aplica-se a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica segundo a qual é necessária a comprovação do abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, não sendo suficiente para tanto a ausência de bens penhoráveis ou dissolução da sociedade. ²⁸

Ainda no esteio de afirmar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nessas relações com base nos pressupostos presentes no Código Civil, a mera ausência de patrimônio expropriável ou a dissolução da sociedade não são suficientes para sua decretação:

Para aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002), exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou insolvência da sociedade empresária. ²⁹

Sequer a irregularidade da dissolução da pessoa jurídica seria capaz de, isoladamente, autorizar a aplicação no instituto:

A dissolução irregular da sociedade não pode ser fundamento isolado para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, mas, aliada a fatos

²⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi, Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLIII, nº 134, p. 35-36, abril-junho, 2004.

²⁸ AGInt no AREsp 1254372/MA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2018.

²⁹ REsp 1572655/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018.

concretos que permitam deduzir ter sido o esvaziamento do patrimônio societário ardilosamente provocado de modo a impedir a satisfação dos credores em benefício de terceiros, é circunstância que autoriza induzir existente o abuso de direito, consubstanciado, a depender da situação fática delineada, no desvio de finalidade e/ou na confusão patrimonial.³⁰

Como se observa dos julgados supracitados, o STJ acolheu a chamada teoria maior para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que exige a presença dos requisitos configuradores do abuso de personalidade presentes no art. 50 CC/2002. Quanto a esses pressupostos, será feita análise mais detida em capítulo reservado à Lei 13.874/19.

Neste ponto, cumpre melhor explicar de que trata tal teoria adotada pelo STJ. A chamada teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica foi assim nomeada pelo professor Fábio Ulhoa Coelho para designar a aplicação da teoria da desconsideração antecedida, necessariamente, da análise de seus pressupostos. Somente quando estes são observados é que seria possível suspender a eficácia do estatuto ou contrato social para alcançar bens particulares de seus sócios e/ou administradores para a satisfação daquela relação jurídica pontual.

A fim de tornar a compreensão da teoria maior evidente, o professor Fábio Ulhoa nomeou de teoria menor a aplicação distorcida da desconsideração. Seu propósito não era o de criar propriamente uma segunda teoria para fundamentar aplicação do mesmo instituto, mas sim evidenciar que só haveria uma única teoria possível para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a teoria maior.³¹

A interpretação equivocada que se deu às suas palavras buscou justificar a aplicação incorreta (teoria menor) da técnica de desconsideração em outros ramos do direito, como no direito do consumidor. Nas relações de consumo foi pacificada a utilização da teoria menor, a qual se contenta com o mero prejuízo do credor, ou seja, a simples insolvência da pessoa jurídica.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro convive ao mesmo tempo com várias técnicas de ineficácia da separação patrimonial. Mas apenas uma é propriamente a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, aquela prevista no art. 50 do CC/2002, que há pouco tempo recebeu do legislador o aprimoramento de que necessitava.

3.4 Má utilização da desconsideração da personalidade jurídica

³⁰ REsp 1395288/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. **Youtube**, 11 de nov. 2016. (46m38s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=hA8qh27Izn8>>. Acesso em: 17 de nov. 2019.

A aplicação indevida da desconsideração da personalidade, a que já se teve oportunidade de denominar de teoria menor da desconsideração atinge a muitos julgados em primeira instância. Por razões que transcendem o objeto do presente artigo, cumpre apenas destacar que essa indevida aplicação da teoria da desconsideração tem causas diversas, dentre as quais o indeterminismo dos conceitos seguidos de um ativismo judicial, que perverte o sentido da regra geral do art. 50 do Código Civil.

Márcio Tadeu Guimarães Nunes, em aprofundado estudo crítico sobre a teoria da desconsideração, aponta para a influência desse ativismo judicial na aplicação da teoria e adverte para o risco da incerteza que gera o mau uso da discricionariedade judicial:

A ideia de evolução de conceitos jurídicos indeterminados e sua atualização permanente no tempo e no espaço, a partir do dinamismo das noções que do conceito decorre, não revela, por outro lado, um critério sujeito ao permanente livre arbítrio do intérprete, mas, antes, um conjunto de possibilidades hermenêuticas que devem estar alinhadas em função de elementos pré-existentes, organizadas com base em uma estrutura marcada por um mínimo de segurança jurídica. O que daí ultrapassar, desloca-se para a chamada “superinterpretação”, ou seja, para o arbítrio [...] ³².

Complementando a base de insegurança na aplicação da teoria da desconsideração, Fábio Ulhoa Coelho realça que a falta de informação do magistrado médio da importância da segregação de risco para o funcionamento da economia compromete a aplicação da desconsideração. Autonomia patrimonial parece desculpa de mau pagador.³³

As causas subjetivas ao ato de julgar, que potencialmente afetam os magistrados de um modo geral, somam-se à outra causa fundamental de ordem propriamente normativa. É que a falta de clareza do dispositivo que regula a desconsideração da personalidade jurídica, como visto anteriormente, não permitia uma interpretação conforme e unânime de seus pressupostos. A fim de sanar esse problema, e trazer uma interpretação conforme do que sejam as modalidades de abuso de personalidade, é que foi convertida a Medida Provisória nº 811n na Lei 13.874/19.

4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 13.874/19

³² NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. 1ª edição 2ª tiragem, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 33

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. A desconsideração da personalidade jurídica. **Youtube**, 24 de set. 2019. (1h27m11s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=csgOHQsTxLo&t=989s> >. Acesso em: 27 de nov. 2019.

Em 20 de setembro de 2019 entrou em vigor a Lei nº 13.874/2019, também conhecida como Lei da Liberdade Econômica. Seu alcance foi amplo e em diversos diplomas legais, dentre eles a Lei nº 10.406/02, o Código Civil. Nele, foram modificados vários dispositivos, e dentre os quais os atinentes à desconsideração da personalidade jurídica.

O caminho para se chegar à mencionada lei se iniciou com a Medida Provisória nº 881, com entrada em vigor na data de sua publicação, 30 de abril de 2019. No texto da MP 881 estavam presentes grandes alterações ao art. 50 do Código Civil, com a preservação do seu núcleo, ou seja, dos pressupostos da desconsideração, que foram mantidos. Nesse sentido, foram acrescidos parágrafos ao referido artigo com o fim de explicar o conteúdo desses fundamentos, que, como visto anteriormente, careciam de melhor detalhamento.

Especificamente sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, a proposta da MP nº 881 assegura:

A mais prestigiada e segura conceituação dos requisitos de desconsideração da personalidade jurídica, conforme amplo estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e em alinhamento com pareceres da Receita Federal, é anotada em parágrafos no art. 50 do Código Civil, de maneira a garantir que aqueles empreendedores que não possuem condições muitas vezes de litigar até as instâncias superiores possam também estar protegidos contra decisões que não reflitam o mais consolidado entendimento.³⁴

A observação feita pelos expositores sobre o tema da desconsideração sob o prisma da segurança jurídica sugere que a matéria, no que pese pacificada no entendimento do STJ, conforme exemplificado em linhas anteriores, ainda é objeto de confusão quando da sua aplicação em primeira instância. Não seria outra a razão de fazer prevalecer no texto legal o entendimento já firmado por um tribunal superior.

Em recente julgado do STJ, após a Lei 13.874/19, o Tribunal Superior reiterou sua jurisprudência no sentido de exigir o atendimento dos requisitos do art. 50, CC/02 para fim de desconsideração da personalidade jurídica. Como mostrado anteriormente, esse já era o posicionamento da Corte. Contudo, o recente julgado mencionado agora repousa sobre a égide da Lei da Liberdade Econômica.

Veja-se trecho do voto no Min. rel. Moura Ribeiro no julgamento do Recurso Especial nº 1.838.009 – RJ, de 19/11/2019:

³⁴ Legislação Informatizada - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019 - Exposição de Motivo. Câmara dos Deputados, Brasília, 30 de abril de 2019. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html> >. Acesso em: 18 de nov. de 2019.

O art. 50 do CC/02, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019, sancionada aos 20/9/2019, exige, para a desconsideração da personalidade jurídica, a comprovação de abuso da personalidade, o que pode se dar pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, e o benefício direto ou indireto obtido pelo sócio [...] Portanto, a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que permite alcançar os bens das pessoas naturais (sócios ou administradores) que tenham se beneficiado direta ou indiretamente pelos abusos praticados, responsabilizando-as pelos prejuízos que causarem a terceiros.³⁵

4.1 Separação patrimonial

Já foi dito da importância da separação patrimonial para a constituição da pessoa jurídica. Essa relevância não passou despercebido pela Lei da Liberdade Econômica, que acrescentou um novo artigo ao Código Civil de 2002, dedicando especial atenção para esse princípio, que dá razão ao objeto do presente artigo. Cuida do art. 49-A, *in verbis*:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

A necessidade de transpor para o texto de lei dispositivo tão evidente é sintoma de que no Brasil, não se costuma entender a importância da pessoa jurídica e das técnicas de limitação de responsabilidade dos sócios. A autonomia patrimonial é mesmo confundida por muitos como algo nocivo à satisfação creditícia, sem que se compreenda, antes, tratar-se de uma personalidade própria, com direitos e obrigações.

Antes da alteração pela Lei 13.874/19 não havia no Código Civil menção direta ao princípio da autonomia patrimonial, sob o argumento de que tal seria inferido abstratamente de uma análise sistêmica do próprio Código Civil. Felizmente, o princípio da autonomia patrimonial foi reafirmado³⁶ na lei, e sua ideia transmitida com clareza didática para lembrar a todos, em especial aos magistrados, de que a separação patrimonial se trata de um instrumento lícito de alocação e segregação de risco.

³⁵ REsp 1838009/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/19.

³⁶ Diz-se reafirmado porque no antigo Código Civil de 1917 - Código Beviláqua - havia já um anúncio do princípio da autonomia patrimonial em seu art. 20, *caput* "As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros".

É a própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) que afirma a importância da pessoa jurídica para o desenvolvimento de um país:

A organização da atividade econômica sob a forma de sociedades é uma poderosa força para o crescimento. O ambiente regulatório e legal sob o qual as pessoas jurídicas operam é, dessa forma, de importância central para os resultados econômicos em geral.³⁷

4.2 Benefício direito ou indireto

Ao adentrar no art. 50, a Lei 13.874/19 restringiu o alcance dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica àqueles que se beneficiaram direta ou indiretamente do abuso de personalidade. Consta do art. 50, *caput*, CC/02:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica **beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.** (Grifos nosso)

A questão incerta está naquele que supostamente foi beneficiado indiretamente pelo abuso da personalidade da pessoa jurídica. A lei não foi clara em determinar o seu alcance, ou seja, até que ponto um sócio que não teve conhecimento do abuso promovido por outro poderá também ser responsabilizado por se tratar de suposto beneficiado indireto. Caberá à jurisprudência determinar o alcance da norma em questão e aprimorar a aplicação do instituto.

4.3 Desvio de finalidade

Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica ganharam melhor delineamento com a nova lei no intuito de orientar uma aplicação restrita às suas hipóteses. Com vistas a evitar que a medida excepcional caísse em banalização pelo uso indevido, o legislador acrescentou o parágrafo primeiro ao art. 50 do CC/02, para nele constar o seguinte:

³⁷ G20/OCDE Principles of Corporate Governance, disponível em: <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/OCDE-Principles-of-Corporate-Governance.pdf> *apud* BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil-23052019>. Acesso em: 28 de nov. de 2019.

“Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

A ideia de desvio sugere uma via direta que em algum momento deixou de ser seguida. Nesse sentido, o caminho a ser seguido pela pessoa jurídica se dá pela previsão em seu estatuto ou contrato social da sua finalidade. O desvio ocorre quando da apreensão dos fatos conclui-se que aquela pessoa jurídica deixou de observar a finalidade para a qual foi instituída. Com maior clareza, explica Fábio Konder Comparato:

Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais.³⁸

Assim, a utilização da pessoa jurídica em disfunção com sua finalidade com propósito de lesar credores e para a prática de ilícitos é hipótese configuradora do abuso de personalidade pelo desvio de finalidade.

Cumprido destacar que o texto da MP nº811 previa a exigência do dolo para a configuração do desvio de finalidade. Essa previsão fora defendida sob o argumento de que:

É certo que o STJ já exigia o ato intencional com o intuito de fraudar terceiros. Sendo assim, a alteração legislativa está em consonância com a jurisprudência da Corte Superior, que já afirmou serem considerados em desvio de finalidade os atos dos sócios com intenção de lesar terceiros com a ocultação de bens de pessoas físicas no patrimônio de pessoas jurídicas. Tratando-se de um ilícito, é natural exigir também o elemento subjetivo, sob pena de aniquilar-se a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.³⁹

Por outro lado, opondo-se à exigência do dolo no desvio de finalidade, Flávio Tartuce:

Como antes sustentei, a Medida Provisória n. 881 adotava um modelo subjetivo e agravado, pois somente o dolo e não a simples culpa geraria a configuração desse primeiro elemento da desconsideração. Argumentava-se, entre os defensores da norma, que o elemento doloso para a aplicação da desconsideração estava consolidado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que não é verdade. Como é notório, a Corte tem exigido o dolo apenas para os casos de encerramento irregular das

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Atual. Calixto Salomão Filho – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 309.

³⁹ BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. **JOTA**, 2019. Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil-23052019 >. Acesso em: 26 de nov. de 2019.

atividades, quando a empresa as encerra sem honrar com as suas obrigações e altera formalmente as informações perante os órgãos competentes (STJ, EREsp 1.306.553/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014).⁴⁰

Ao final, o texto legal terminou por retirar a menção expressa de “utilização dolosa da pessoa jurídica” constante da MP nº881⁴¹, para constar, nos termos da Lei 13.874/19 “utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

Contudo, tal retirada de menção expressa à utilização dolosa de pessoa jurídica não impacta na aplicação a que se pretende da regra. A própria utilização da pessoa jurídica com propósito fraudulento ou ofensivo à lei é, *per si*, utilização dolosa. Veja-se conceito jurídico de dolo: “Má-fé, ânimo consciente de agir de maneira ilícita, **intenção de prejudicar**, de violar direito alheio [...]”⁴² (Grifos nosso)

Desse modo, continua a se exigir a comprovação do propósito de lesar credores ou praticar atos ilícitos de qualquer natureza, correspondendo essa noção de desvio à sua própria definição clássica de fraude contra credores ou contra a lei.

4.4 Confusão patrimonial

A confusão patrimonial é a outra face do abuso de personalidade. O Código Civil anterior mencionava-o, porém, assim como o desvio de finalidade, não havia na lei um conceito para orientar os operadores do direito na sua aplicação. Contudo, o detalhamento se deu pela Lei da Liberdade Econômica, que tentou atribuir a essa modalidade traço mais concreto e visível. Dispõe o art. 50, parágrafo segundo, do CC/02:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

- I - Cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
- II - Transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. Lei da liberdade econômica (lei 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil - parte i. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760633426/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-2019-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-parte-i> >. Acesso em: 26 de nov. de 2019.

⁴¹ Constava no texto da MPnº881 a seguinte redação para o art. 50, parágrafo primeiro, do Código Civil: “Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização **dolosa** da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.” (Grifo nosso)

⁴² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, **Dicionário universitário jurídico**, atual. Ana Cláudia Schwenck dos Santos, ed. 20. São Paulo: Rideel, 2016, p.116.

III - Outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Já houve oportunidade para tratar da importância da pessoa jurídica e da separação patrimonial havida entre ela e seus sócios e administradores. Essa barreira bem consolidada marca o limite da responsabilidade entre responsabilidade social e pessoal. A assunção de risco que o investidor tem ao projetar seu negócio a partir de uma modelo societário é mitiga pelo princípio da autonomia patrimonial. Contudo, há situações em que essa barreira se torna fluídica, não mais se visualizando o princípio em questão, mas sim uma confusão à vista do credor entre os patrimônios do sócio e da sociedade.

Diferente do desvio de finalidade, a confusão patrimonial é modalidade de configuração objetiva, caracterizada pelos incisos supracitados. O STJ tem entendimento firmado nesse sentido, afirmando que foi acolhida a concepção objetiva para a configuração do abuso de personalidade pela confusão patrimonial, do qual se segue a ementa:

Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, **somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando** verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando **evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.** (Grifos nosso)⁴³

Quanto às hipóteses do parágrafo segundo do artigo 50, CC/02, a primeira delas é clássica, no sentido de pagamento de obrigações de sócios pela pessoa jurídica ou vice-versa. Aqui cabe crítica ponderada no sentido de que a repetição em tela seja suficiente para demonstrar a confusão patrimonial. Nesse sentido, Flávio Tartuce:

⁴³ STJ – Resp 970.635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/12/2009.

Somente quanto à primeira previsão tinha a minha ressalva, e sugeri que fosse retirada a palavra “repetitivo”, pois a confusão patrimonial poderia estar configurada por um único cumprimento obrigacional da pessoa jurídica em relação aos seus membros; por um ato isolado, é possível realizar um total esvaziamento patrimonial com o intuito de prejudicar credores. De todo modo, tal entendimento não foi adotado, e caberá à jurisprudência fazer a mitigação do texto legal, se for o caso, nessas situações.⁴⁴

Contudo, o mais importante é observar que da relação sociedade-sócio não haja, de fato, uma separação entre eles, de modo que a personalidade jurídica seja manipulada por interesses pessoais daqueles que a integram.

Outro ponto é o da transferência de ativos ou de passivos sem que se configure a efetiva contraprestação, salvo a transferência de valor proporcionalmente insignificante. O que se pretende coibir nesse ponto é a utilização do patrimônio da pessoa jurídica pelos seus integrantes. Aqui subsiste a ideia de uma justificativa econômica para a transferência de ativos ou passivos, sob pena de se configurar a confusão patrimonial.⁴⁵

Por fim, há uma hipótese ampla para enquadrar outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial na modalidade como confusão patrimonial, que representa uma cláusula geral para a aplicação da teoria da desconsideração. Com a presença desse último inciso, o rol da confusão patrimonial passa a ser exemplificativo.

Quanto à essa ampla margem de enquadramento, há críticas no sentido de que sua colocação vai de encontro à própria ideia de delineamento da desconsideração da personalidade jurídica. Já houve oportunidade de se comentar neste artigo acerca do risco de insegurança oriundo do mau uso da discricionariedade na interpretação de fórmula abertas como essa em questão. A jurisprudência continuará a determinar as balizas para que a subsunção do fato à cláusula geral seja condizente com o traço excepcional da teoria da desconsideração realçado idealizado pela Lei 13.874/19.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu no contexto de jurisprudência do sistema *common law*. Sua teoria chegou ao Brasil pelas mãos do professor Rubens Requião,

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. Lei da liberdade econômica (lei 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil - parte i. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760633426/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-2019-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-parte-i> >. Acesso em: 26 de nov. de 2019

⁴⁵ BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. **JOTA**, 2019. Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil-23052019 >. Acesso em: 26 de nov. de 2019

como já assinalado. Sua obra influenciou as primeiras decisões no Brasil sobre o tema, mas foi outro sentido que se deu à teoria da desconsideração quando da sua previsão legal. Os primeiros diplomas sobre que visaram aplicar a teoria da desconsideração não se mantiveram alinhados com o ideal da desconsideração da personalidade jurídica, e logo passaram a aplicá-la erradamente, quer seja atribuindo nome de desconsideração para o que em verdade se trata de outras hipóteses da ineficácia da separação patrimonial, quer seja mal interpretando seus pressupostos.

Esses requisitos, aliás, somente ganharam algum contorno legal na vigência do Código Civil de 2002, que passou a prever como causa da desconsideração o abuso da personalidade consubstanciado no desvio de finalidade e na confusão patrimonial. Contudo, por muito tempo, desde 2002, não havia quanto a esses requisitos uma regulamentação. Sua configuração foi balizada pela jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que manteve interpretação cautelosa do instituto reconhecendo a necessidade de se comprovar as modalidades de abuso da personalidade para fim de desconsiderá-la.

Diante da tradição do sistema *civil law* brasileiro, com vista a buscar maior segurança jurídica para o tema e evitar evasão de investidores que buscam limitar seus riscos, a MP nº 881 foi editada e, depois, convertida na Lei 13.874/19, a Lei da Liberdade Econômica. Em relação tema, foram introduzidas importantes modificações quanto a separação patrimonial, alcance da desconsideração da personalidade e suas modalidades de desvio de finalidade de confusão patrimonial.

Nesse sentido, foi reforçada a importância da autonomia patrimonial para a geração de empregos e fomento da economia. A autonomia patrimonial agora está expressa com redação clara no sentido de informar sua existência como regra, exigindo do operador do direito o seu reconhecimento e a cautela que deve adotar para afastá-la.

O alcance da desconsideração da personalidade jurídica ganhou contornos que todavia dão margem a discricionariedade. Ao prever que serão responsabilizados pelas obrigações sociais aqueles que deram causa e dela de beneficiaram direta ou indiretamente, remanesce a dúvida de até que ponto deve se compreender alguém como indiretamente beneficiado. Caberá a jurisprudência, em especial a do STJ, estabelecer as diretrizes para a melhor interpretação e aplicação do instituto.

Quanto aos requisitos configuradores do abuso de personalidade, o desvio de finalidade e confusão patrimonial foram conceituados. Em relação ao desvio de finalidade, no que pese a retirada de menção expressa de utilização dolosa da pessoa jurídica, entende-se que a utilização com propósito de lesar credores e praticar outros atos ilícitos compreenderá o

mesmo dever de comprovação em juízo. A excepcionalidade na aplicação da teoria da desconsideração se traduz em cautela para afastar a autonomia patrimonial.

A confusão patrimonial tem viés objetivo e sua hipóteses foram acrescidas pela Lei 13.874/19. Contudo, quanto ao último inciso, que prevê uma cláusula aberta para o enquadramento de outros atos de descumprimento da autonomia, caberá a jurisprudência determinar quais fatos poderão enquadrar-se como situações de confusão patrimonial.

Se por um lado o tema ressalta importância em relação ao seu aspecto jurídico, porque tema recorrente e impactante, por outro, também repercute seus efeitos na sociedade, especialmente em relação àqueles que pretendem o exercício da atividade econômica. Isto porque, as decisões no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica, em termos práticos, influenciam a decisão de muitas pessoas em relação a constituição de pessoas jurídicas para atingimento de fins deliberados pela coletividade dos seus integrantes.

Desse modo, entende-se que a recente Lei nº 13.874/19 é um importante instrumento para a manutenção da economia e preservação de seus agentes. Espera-se que a desconsideração da personalidade jurídica possa andar por sobre os trilhos, e ter sua aplicação não inviabilizada, mas sim respeitada por parâmetros legais, aprimorados pela jurisprudência.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODART, Bruno e TOMAZETTE, Marlon. MP 881 e a desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. **JOTA**, 2019. Disponível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/mp-881-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-civil-23052019 >. Acesso em: 04 de nov. de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 de nov. de 2019.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, vol.1. Salvador: Juspodivm, 2016, p.412.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41-43.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Atual. Calixto Salomão Filho – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 309.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, **Dicionário universitário jurídico**, atual. Ana Cláudia Schwenck dos Santos, ed. 20. São Paulo: Rideel, 2016, p.116.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019 - Exposição de Motivo. Câmara dos Deputados, Brasília, 30 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html> >. Acesso em: 18 de nov. de 2019.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Atual. Carlos Henrique Abrão – 40. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146.

MUNHOZ, Eduardo Secchi, Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLIII, nº 134, p. 27-28, abril-junho, 2004.

NUNES, Hélio da Silva. A “disregard doctrine” - A falência – A extensão da falência e extensão dos efeitos da falência. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXXIX, nº 120, p. 25-26, outubro-novembro, 2000.

NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. 1ª edição 2ª tiragem, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 35.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.233.

TARTUCE, Flávio. Lei da liberdade econômica (lei 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil - parte i. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760633426/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-2019-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-parte-i> >. Acesso em: 26 de nov. de 2019

Resp 970.635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/12/2009.

REsp 1395288/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014.

REsp 1572655/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018.

AGInt no AREsp 1254372/MA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2018.

REsp 1838009/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/19.