

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 27

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2020

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTES NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Jacques Labrunie (PUC-SP), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rafael Vieira de Andrade de Sá (FGV-SP) e Raphaela Magnino Rosa Portilho (UERJ).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 27 (julho/dezembro 2020)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

AUTONOMIA PATRIMONIAL APÓS A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA¹

PATRIMONIAL AUTONOMY AFTER THE ECONOMIC FREEDOM LAW

*Marcelo Lauar Leite**

Resumo: A autonomia patrimonial é um dos fundamentos do Direito Privado, comunicando que pessoas jurídicas, enquanto entes independentes de imputação, estão aptas a titularizar uma massa de bens própria. Essa investigação trata dos impactos da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE) sobre esse instituto a fim de extrair a normatividade ora vigente dos conteúdos do – novo – art. 49-A e do – reformado – art. 50 do Código Civil.

Palavras-chave: Autonomia Patrimonial. Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Abstract: Patrimonial autonomy is one of the foundations of Private Law, saying that legal entities, as independent centers of imputation, are able to have their own assets. This investigation deals with the impacts of the Brazilian Declaration of Rights to Economic Freedom (DDLE) on this institute in order to extract the normativity now in force from the contents of the – new – art. 49-A and the – reformed – art. 50 of the Brazilian Civil Code.

¹ Artigo recebido em 12.10.2021 e aceito em 15.10.2021.

* Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Investigador do Instituto Jurídico (FDUC, Portugal). Investigador do Grupo de Pesquisa “Empresa, Consumo y Derecho” (Universidade de Coruña, Espanha). Líder do Grupo de Pesquisa “Direito, Economia e Mercados” (DIREM/UFERSA). Editor-adjunto da Revista Jurídica da UFERSA. Advogado. E-mail: marcelo.lauar@ufersa.edu.br

Keywords: Patrimonial Autonomy. Brazilian Declaration of Economic Freedom Rights. Piercing the Corporate Veil.

Sumário: Introdução. 1. O novo marco normativo da autonomia patrimonial. 2. A nova roupagem para a caracterização de desvio de finalidade e confusão patrimonial. 2.1 Notas sobre o desvio de finalidade. 2.2 Notas sobre a confusão patrimonial. 3. A autonomia em grupos econômicos. 3.1. Comparação binária. Considerações Finais.

Introdução.

A autonomia patrimonial é um dos fundamentos do Direito Privado, comunicando que pessoas jurídicas, enquanto centros independentes de imputação, estão aptas a titularizar uma massa de bens própria.² Subjetivamente, seu principal efeito é a limitação da respon-

2 VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil*. New York: Kluwer Law International, 2007. p. 3-4; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 97; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico do capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 6-7; GONÇALVES, Oksandro. Os princípios gerais do Direito Comercial autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2012. p. 185-188; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Bookseller: Campinas, 2001. v. 2, t. 2, p. 123; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 3, p. 107 [“O patrimônio social é, pois, da sociedade. Só e exclusivamente, dela. E ela, inteiramente distinta de seus sócios, investe-se de poder autodeterminativo, como senhora de seus direitos e escrava de suas obrigações”]. CORREIA, A. Ferrer. A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica. *In: CORREIA, A. Ferrer (Org.). Estudos vários de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982. p. 548 [“O conceito de autonomia patrimonial assume significações várias. Na mais corrente, ele exprime um determinado comportamento de certa massa de bens quanto à responsabilidade pelas dívidas assumidas na sua administração ou exploração. Depois, uma tal autonomia é ainda susceptível de gradações diversas. Na sua modalidade mais perfeita, ela traduz um duplo fenómeno: por um lado, o da insensibilidade

sabilidade em favor (*i*) da pessoa jurídica – cujo patrimônio não pode ser afetado a obrigações ou dívidas alheias a si – e (*ii*) de seus sócios – que, conforme a modalidade contratada, serão responsáveis apenas pela integralização do capital social.

O CC/1916 expressava o reconhecimento da autonomia patrimonial no seu art. 20, pelo qual “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Esse dispositivo não guardava correspondência no atual Código Civil. Até 2019, sua presença era constatada a partir de inferências como a descrição das circunstâncias autorizadas da desconsideração da personalidade jurídica e seus efeitos sobre o regime de responsabilidade de sócios e administradores.

Embora a rigorosa interpretação das regras postas conduzisse à materialização da autonomia patrimonial, não foi esse o caminho seguido por parte significativa da jurisprudência brasileira. Em investigação jurimétrica sobre o assunto, Leonardo Parentoni³ averiguou que 45% dos casos analisados de deferimento da desconsideração da personalidade jurídica ignoraram os pressupostos clássicos do instituto, substituindo o debate de seus requisitos legais específicos por fundamentos de ordem social, como a necessidade de proteção à parte vulnerável.⁴ Os últimos anos também têm sido férteis em alertas doutrinários sobre os perigos do manejo indiscriminado da *piercing of the corporate veil* para a segurança jurídica na realização de investimentos produtivos.⁵

dos bens em causa a outras dívidas, que não as relacionadas com o fim especial a que eles se encontram afectados; por outro lado, o da insensibilidade às referidas obrigações de qualquer outro património”].

3 PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 101.

4 O autor menciona esse exemplo como fundamento de ordem “econômica”.

5 SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 81-97, abr. 1999; BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São

Na tentativa de combater a desconsideração fora das hipóteses autorizativas do então art. 50/CC, veiculou-se a Medida Provisória (MP) 881/2019, parcialmente convertida na Lei Federal 13.874/2019 – a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE) –, lastreado em três pilares: (i) a posituação expressa do conteúdo da *autonomia patrimonial*; (ii) a definição dos conceitos de *desvio de finalidade* e de *confusão patrimonial* para fins de desconsideração da personalidade jurídica (DPJ) e (iii) a regulação da responsabilidade de pessoas jurídicas em relação de grupo.

Tratando do desvio de finalidade, o processo legislativo suprimiu a expressa referência ao elemento doloso da MP 881/2019. No campo da confusão patrimonial, as hipóteses de incidência são imprecisas no que dizem e no que não dizem.⁶ A seu turno, a regulação das relações de grupo parece ser marcada por uma desordem legislativa carente de aperfeiçoamento. Em que pese a boa tentativa de restrição a intervenções, as mudanças trazidas pela DDLE podem não ser incorporadas à cultura jurídica de forma a resguardar a autonomia patrimonial. Aqui, sob as premissas epistemológicas popperianas,⁷ tratarei dos problemas citados de maneira a dar-lhes um sentido interpretativo coerente com os desígnios legislativos adicionados ao ordenamento jurídico brasileiro, enfrentando objeções identificáveis.

1. O novo marco normativo da autonomia patrimonial.

A conversão da MP 881/2019 na DDLE resultou de 301 pro-

Paulo, v. 59, p. 91-167, jan./mar. 2013; FERREIRA, Luiz Eduardo Martins. Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 41, p. 127-132, jul. 2008; LEITE, Marcelo Lauer. Limitação da responsabilidade patrimonial como fator de proteção ao investimento: razões e propostas para uma missão de resgate. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 18, p. 135-183, jan./jul. 2016.

6 É um rol exemplificativo.

7 POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

postas de emendas durante sua tramitação. Nenhuma delas, contudo, sugeriu qualquer definição sobre o conteúdo da autonomia patrimonial, ato proposto pelo Relator da MP apenas quando da apresentação do Projeto de Lei de Conversão que viria a se tornar a DDLE, não tendo sofrido objeções parlamentares. Daí, resultou o promulgado art. 49-A do Código Civil, *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.

O *caput* deixa claro que, no âmbito mercantil, quotistas, acionistas, instituidores ou administradores têm personalidade jurídica diversa da sociedade ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) à qual se vinculam. Sendo a autonomia patrimonial uma *condição prévia* à atribuição de personalidade,⁸ o dispositivo tem papel importante ao defini-la como um *instrumento de alocação e segregação de riscos estabelecido com a finalidade de estimular empreendimentos para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos*. A marcação político-legislativa da autonomia patrimonial também foi reforçada pela inserção do § 7º⁹ no art. 980-A/CC, afirmando-se que *somente o patrimônio social* da empresa responderá pelas suas dívidas, hipótese em que *não se confundirá com o patrimônio do titular que a constitui*.¹⁰

8 CORREIA, *Op. Cit.*, p. 547.

9 Recuperando-se parte do § 4º original, vetado pelo então Presidente da República, Michel Temer.

10 Em linha com o já debatido e aprovado no Enunciado 470 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) [“O patrimônio da empresa individual de responsabilidade

2. A nova roupagem para a caracterização de desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Desde a sua promulgação, o Código Civil permite que o Poder Judiciário descortine o véu da autonomia patrimonial, estendendo os efeitos de obrigações societárias aos bens particulares dos sócios da pessoa jurídica. Isso ocorre pelo uso *abusivo* da personalidade jurídica, caracterizado por *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial*.

2.1 Notas sobre o desvio de finalidade.

De maneira geral, os comercialistas sempre enxergaram o desvio de finalidade como *o desrespeito aos limites ou finalidades constantes do objeto social*.¹¹ Sendo o objeto social a atuação em certo âmbito de atividade econômica,¹² o desvio de finalidade estaria no desrespeito ao propósito pelo qual a pessoa jurídica fora criada. Se uma sociedade tem registro para atuar em um domínio do mercado, mas, na prática, faz coisa diversa, ela se desvia de seu fim, dificultando ou impedindo atividades de tributação, fiscalização e controle. A DPJ surgia, então, como resposta a essa conduta abusiva, suprimindo episodicamente a autonomia patrimonial.

Esse significado foi alargado pelo parlamento. Agora, o desvio de finalidade passou a ser “*a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer*

limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”].

11 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.148; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 263.

12 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 23, n. 54, p. 67-72, abr./jun. 1984.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial português*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2, p. 8; RIZZARDO, Arnaldo. *Op. Cit.*, p. 101.

natureza”,¹³ isto é, o *manejo intencional para finalidade ilegal* – [utilização com o propósito; utilização para]. A demonstração desses elementos de *dolo específico* incrementa o ônus probatório e serve como freio para a ampla abertura de hipóteses caracterizadoras de desvio de finalidade – [atos ilícitos de qualquer natureza].

É preciso dizer, porém, que essa norma não é um consenso. Originalmente, a redação dada pela MP 881/2019 estabelecia o desvio de finalidade como uma utilização “dolosa” da pessoa jurídica. Tal adjetivação foi suprimida com o controverso acatamento de emendas parlamentares¹⁴ que pediam a *objetivação* da DPJ para eliminar, inclusive, a análise de elemento de *culpabilidade* – negligência, imprudência ou imperícia–,¹⁵ equiparando o instituto ao sistema de responsabilidade civil por atividades de risco.¹⁶ Para os seus proponentes, qualquer ato ilícito – *v.g.*, o mero inadimplemento obrigacional –, independentemente de dolo ou culpa, viabilizaria o rompimento da autonomia patrimonial, equiparando a regra-geral de DPJ às regulações “excepcionais” dos sistemas consumerista,¹⁷ ambiental,¹⁸ concorren-

13 CC, art. 50, § 1º.

14 Propostas por André Figueiredo (EC 90), Jaqueline Cassol (EC 114), Jean Paul Prates (EC 200), Jacques Wagner (EC 224) e Felipe Rigoni (EC 274).

15 Como defendido por Flávio Tartuce – TARTUCE, Flávio. *A Medida Provisória 881/2019 e as alterações do Código Civil - Primeira Parte: descon sideração da personalidade jurídica e função social do contrato*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 22 set. 2020.

16 CC, art. 927, Parágrafo Único.

17 CDC: “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

18 Lei Federal n.º 9.605/1998: “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que

cial¹⁹ e, pela via da *escola de desincentivo ao investimento*, trabalhista e tributário.²⁰

Essa não é a melhor interpretação.

Primeiramente, a intenção reguladora de cinco parlamentares²¹ não tem o condão de redirecionar o sentido de um texto para o oposto daquilo a que se dirige. Mesmo em uma hermenêutica puramente subjetivista, a valoração da *vontade legislativa* a partir da perspectiva do *legislador histórico* se dá a partir dos fins cognoscíveis e pelas ideias fundamentais coletivamente manifestadas, afinal, “o legislador” não é uma pessoa ou um subgrupo, mas uma assembleia²² imersa em circunstâncias jurídico-sociais (*occasio legis*)²³ alinhada com a necessidade de proteção jurídica a quem se lança, direta ou indiretamente, à atuação empresária, a saber: (i) a baixíssima posição do Brasil em rankings internacionais de liberdade econômica;²⁴ (ii) o cenário nacional de estagnação econômica e desemprego²⁵ e, espe-

sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

19 Lei Federal n.º 12.529/2011: “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

20 Cf. o *modus operandi* dessa escola em LEITE, *Op. Cit.*, p. 152-161. Há extensa crítica doutrinária sobre o assunto, destacando-se o meticoloso trabalho de SALAMA, Bruno. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

21 Citados na NR 11, em um universo de 81 senadores e 513 deputados.

22 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 462-468.

23 CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora: 1993. p. 104.

24 Exposição de Motivos da MP 881/2019, ponto 3.

25 Exposição de Motivos da MP 881/2019, ponto 4.

cialmente, (iii) a *distorção da aplicação da DPJ no Brasil, ignorando-se seu necessário pressuposto fraudulento*.²⁶

Em segundo lugar, o acatamento das ditas emendas parlamentares foi obscuro. Embora todas tivessem os mesmos fundamentos e objeto, o Parecer Final da Comissão Parlamentar Mista destinada a analisar a MP 881/2019 concluiu pelo *acolhimento* da Emenda 200, pelo *acolhimento parcial* das Emendas 114 e 224 e pela *rejeição* das Emendas 90 e 274!²⁷ Nesse emaranhado de informações conflitantes, o documento manteve explícita a utilização “*dolosa*” da pessoa jurídica como requisito para a configuração do desvio de finalidade,²⁸ mas a expressão se perdeu misteriosamente²⁹ na apresentação da Emenda Aglutinativa n. 01,³⁰ que findou sendo convertida na DDLE.

Considerado esse panorama, a explicação mais harmônica e alinhada à teleologia legal³¹ – escusando-me de conjecturas pouco republicanas – é a de que a retirada da menção explícita ao elemento “*doloso*” foi questão de mera técnica legislativa, já que a manifesta intencionalidade das expressões caracterizadoras do desvio de finalidade – *utilização com o propósito; utilização para* – impõe a prova do ânimo fraudulento. Atos ilícitos praticados pela pessoa jurídica –

26 Parecer Final da Comissão Parlamentar Mista destinada a analisar a MP 881/2019, p. 20.

27 Cf. p. 8-18. Sobre as emendas, cf. NR n. 11.

28 Cf. p. 52.

29 Após a publicação do citado Parecer Final, nenhum novo documento sobre o tema foi anexado ao processo de tramitação parlamentar – Cf. <https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/fichadetramitacao?idProposicao=2199763>, acesso em 25 set. 2020. Igualmente, nenhuma discussão sobre o assunto foi verbalizada na Sessão Deliberativa que aprovou a DDLE – Cf., na íntegra, <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/56816>. Acesso em: 25 set. 2020. Não há nenhuma menção a essa alteração.

30 Pelo próprio Relator da Comissão Parlamentar Mista, deputado Jerônimo Goergen.

31 Ao cabo, o intérprete deve buscar o sentido daquilo que está objetivamente querido na lei; a *mens legis*, não a *mens legislatoris*, embora esta valha como subsídio quanto ao elemento racional subjacente, isto é, à função e à finalidade da criação parlamentar – FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963. 135-148. p. 141

v.g., novamente, o mero inadimplemento obrigacional – não acionam a DPJ, salvo se demonstrado que a empresa está sendo maquiada pelos participantes de sua estrutura de poder político-societário (sócio(s) e/ou administradores) como um instrumento dirigido para a prática de ilícitos, independentemente de o ardil ser isolado ou fazer parte de um *modus operandi* permanente. Até aqui, esse é o entendimento seguido pelo STJ.³²

Por fim, a DDLE consagrou que “*não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica*”.³³ A redação deveria ter sido mais técnica, referindo-se ao “*objeto social*” no lugar da “*finalidade original*”. Futuros aditivos ao ato constitutivo, mesmo vindo a alterar o ramo de atuação empresarial, não podem dar margem à desconsideração, tratando-se de conteúdo inerente ao direito fundamental à liberdade de empreendimento econômico.³⁴ Por outro lado, se a alteração de objeto foi puramente fática – uma farmácia se converteu em quitanda sem alteração de seus atos constitutivos –, o desvio de

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1859165. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília 2020. [s. l.]. Brasília, 03 ago. 2020 [“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS AUSENTES. DISSOLUÇÃO IRREGULAR E AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que a existência de indícios de encerramento irregular da sociedade aliada à falta de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, eis que se trata de medida excepcional e está subordinada à efetiva comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. 2. Agravo interno a que se nega provimento”]. No mesmo sentido, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1830571. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília 2020. [s. l.]. Brasília, 26 jun. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1787751. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília 2020. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Brasília, 18 fev. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Agravo Interno no Recurso Especial nº 1812292, Brasília 2020. [s. l.]. Brasília, 21 mai. 2020.

33 CC., art. 50, § 5º.

34 LEITE, Marcelo Lauar. *Intervenção judicial em conflitos societários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 159-162.

finalidade estaria configurado. Leitura diversa seria incondizente com a autopreservação sistêmica do Direito, beneficiando quem violasse obrigações registras.

2.2 Notas sobre a confusão patrimonial.

Autoexplicativa, confusão patrimonial é a ausência de separação de fato entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus sócios e/ou administradores,³⁵ tese acolhida pela DDLE.³⁶ A inovação, aqui, se deu no âmbito das hipóteses de *caracterização* dessa mistura de ativos e passivos. Mantendo a íntegra da regulação prevista na MP 881/2019, o legislador listou dois “*atos-confusivos*” em rol exemplificativo.

O primeiro é o “*cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa*”.³⁷ O caráter repetitivo deve ser aferido mediante a prova do comportamento “confusivo” no tempo e no espaço. Imagine que um administrador, por engano ou necessidade, conecte-se à sua conta bancária pessoal ao invés da conta corporativa e faça o pagamento de vinte faturas seguidas relacionadas à empresa, não havendo registros de outros atos semelhantes. Embora semanticamente haja aí uma grande repetição de pagamentos, esta não se prolongou de forma suficiente a configurar uma reiteração, mesmo que as faturas somadas representem elevado valor. Paralelamente, se existe um hábito em pagar pequenas contas domésticas com o caixa empresarial, a hipótese de confusão sob este fundamento estaria concretizada. Claro que, entre a clara evidência de cumprimento repetitivo de obrigações alheias e

35 RIZZARDO, *Op. Cit.*, p. 1.148. Na jurisprudência, *cf.* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 159.889/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília 2013. [*s. l.*]. Brasília, 03 out. 2013.

36 CC, art. 50, § 2º.

37 CC, art. 50, §2º, I.

a falta dela, sempre haverá uma penumbra de juridicidade, convido ao julgador aferir o abuso de personalidade – art. 187 do Código Civil.

O segundo “ato-confusivo” positivado é a *transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações*.³⁸ Fora das relações morais, assistenciais, familiares e religiosas, contratos unilaterais costumam despertar suspeita de fraude, razão pela qual ganhou-se mais um³⁹ mecanismo de elisão de negócios jurídicos estabelecidos em prejuízo de credores.

Contudo, a disposição deve ser analisada cuidadosamente. *Atos lícitos não podem fundamentar a desconsideração de personalidade jurídica, ainda que a transmissão parta de um devedor insolvente e inexistente a contraprestação direta.*⁴⁰ Pense em um quitista

Figura 1 - Quitanda móvel



Fonte: CANADIAN PUBLIC HEALTH ASSOCIATION. Disponível em: <https://www.cpha.ca/mobile-good-food-market-brings-healthy-choices-neighborhoods-food-deserts>. Acesso em 9 set. 2020.

38 CC, art. 50, §2º, II.

39 Para além dos consagrados, *v. g.*, na fraude contra credores (CC, art. 158) e na fraude à execução (CPC, art. 792).

40 CC, art. 164 [“Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”].

de sociedade limitada unipessoal cuja atividade econômica consista no comércio varejista de alimentos transportados e expostos em veículo automotor,⁴¹ empresa habitual em cidades de pequeno e médio porte. Considere que este bem sofra dano irreversível, que a sociedade não tenha condições de repô-lo e que o quotista possua veículo particular apto a ser empregado na atividade. Bem, excetuada a fraude à execução,⁴² esse exemplo de *transferência de ativo sem efetiva contraprestação* não enseja a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para saldar dívida particular do quotista, tratando-se de negócio ordinário indispensável à manutenção da atividade mercantil protegido pelo art. 164/CC. E nem se fale do ato primário de constituição mercantil – o aporte dos recursos e bens que compõem o capital social. De certo modo, seria teratológico se essa transferência de ativos sem efetiva contraprestação direta pudesse dar margem à desconsideração da personalidade jurídica. Assim, talvez a sindicância da contraprestação devesse dar lugar à referência a negócios com fins de “ocultação patrimonial”.

Em todo caso, a caracterização deste “ato-confusivo” foi excepcionada quando a dita transferência envolver ativos ou passivos “*de valor proporcionalmente insignificante*”.⁴³ A norma é obscura. Qual o parâmetro da insignificância proporcional? O patrimônio? O faturamento? O lucro? O volume da dívida supostamente causadora

41 Figura 1.

42 CPC: “Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei”.

43 CC, art. 50, § 2º, II.

da desconsideração? A depender da ancoragem, há significativa diferença na solução.

Como mencionado, esses atos são exemplificativos. A DDLE deixou aberta a possibilidade de “*outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial*” gerarem a confusão,⁴⁴ desabonando a tentativa de objetivação feita pelos incisos antecedentes. Ora, se o ato de descumprimento da autonomia patrimonial pode se definir casuisticamente, a má redação dos “atos-confusivos” particularizados tende, contraditoriamente, a aumentar a fonte de insegurança do sistema jurídico positivado.

3. A autonomia em grupos econômicos.

No Brasil, o fenômeno dos *grupos* é marcado pela desordem legislativa. Para o Direito Societário, há *grupo de sociedades* quando empresas combinem recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.⁴⁵ Essa reunião pode se dar solenemente – grupo *de direito* – ou não – grupo *de fato*. Considera-se grupo *de direito* apenas aquele formalmente desenvolvido de acordo com a Lei das Sociedades por Ações (LSA),⁴⁶ demandando uma *relação de controle*. A seu turno, as demais sociedades coligadas⁴⁷ se categorizam como grupos *de fato*, marcados pela participação capitalística, independentemente de seu grau.

44 CC, art. 50, § 2º, III.

45 Lei Federal 6.404/1976, art. 265.

46 Lei Federal 6.404/1976, art. 265-277.

47 CC, art. 1.097.

Grupo econômico é um conceito acessório à legislação comercial. No Brasil, sua expressão advém de modelos regulatórios trabalhistas, concorrenciais, consumeristas e ambientais,⁴⁸ cujo valor da autonomia patrimonial é pequeno frente ao propósito de ressarcimento de danos. Ele decorre da direção econômica ou da influência dominante de uma empresa em relação a outra, independentemente de participação capitalística⁴⁹ – *i.e.*, da existência de grupo de sociedades. É nessa perspectiva abrangente que a CLT, por exemplo, responsabiliza integrantes de grupo econômico pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.⁵⁰ Disso decorre, em síntese, que (*i*)

Figura 2 - Grupos no Direito Brasileiro



Fonte: Elaborada pelo autor

48 PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, *Is. IJ*, v. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008. p. 100-105.

49 OLIVEIRA, Fabrício; ROSENVALD, Nelson. *O ilícito na governança dos grupos de sociedades*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 159-166.

50 “Art. 2º. [...] § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, *mesmo guardando cada uma sua autonomia*, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. § 3º. Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, *a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.*” (Grifou-se). Na doutrina, *cf.* FRAZÃO, Ana. Grupos societários no Direito do Trabalho e a Reforma Trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 83, n. 4, p. 31-68, out./dez. 2017. p. 51. Na jurisprudência, *cf.* RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. Recurso Ordinário nº 0143300-78.2014.5.13.0022, Relator: *Is. IJ*. Rio de Janeiro 2018. *Is. IJ*. Rio de Janeiro, 28 ago. 2018.

todo grupo de sociedades *de direito* é econômico – haja vista a relação de controle; *(ii)* *alguns* grupos de sociedades *de fato* são econômicos – *v.g.*, quando haja direção econômica unitária, mas não a solenidade constitutiva prevista pela LSA; *(iii)* *alguns* grupos de sociedade *de fato* não são econômicos – *v.g.*, sociedades coligadas por mera participação capitalística unilateral e minoritária; e *alguns* grupos econômicos não são de sociedade – como pode ocorrer em *joint ventures, networks, interlockings* e outros arranjos contratuais.⁵¹

3.1 A questão sob a ótica da DDLE.

Aderindo à jurisprudência então firmada do STJ,⁵² a DDLE estipulou que “*a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo [...] [desvio de finalidade ou confusão patrimonial] [...] não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica*”.⁵³ Como nenhum grupo tem personalidade jurídica,⁵⁴ a lei se refere à possibilidade de DPJ de seus integrantes. A questão teria fácil solução se não fosse a já levantada problemática da transferência de ativos “sem efetivas contraprestações” como “ato-confusivo”.

Em grupos de sociedades *de direito*, a combinação de recursos é própria à sua constituição e existência.⁵⁵ Na movimentação de

51 FRAZÃO, Ana. Do direito de empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 15, n. 1, p. 105-125, jan./abr. 2018.

52 REsp 1775269, publicado em 1-3-2019; AgRg no AREsp 549850, publicado em 15-5-2018. Na doutrina, *cf.* PRADO e TRONCOSO, *Op. Cit.*; CAMPINHO, Sergio. A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 93-120, jul./dez. 2012.

53 CC, art. 50, § 4º.

54 LSA, art. 266; CC, art. 44.

55 LSA, art. 265, *caput*.

divisas entre sociedades em relação de controle, não há necessidade de “efetivas contraprestações”, dado constituírem uma evidente direção econômica unitária.⁵⁶ Digamos que certa sociedade-filha precise de aporte financeiro da sociedade-mãe para investir na pesquisa de novas tecnologias. Aqui, qual o bônus efetivo para a controladora? Não há, pois os resultados estarão sob o domínio da controlada. Também não se pode afirmar que haverá retorno indireto, pois a pesquisa pode se revelar um fiasco. Nesse cenário, a sociedade-mãe pode ter seu patrimônio atingido pela regra-geral de DPJ? Não. Insisto que o acesso à DPJ é vedado quando o “ato-confusivo” for lícito. Do contrário, o patrimônio da controladora responderia subsidiariamente pelas dívidas da controlada, punindo os poucos conglomerados que adotam as solenidades da LSA pela *mera existência do grupo*.

Embora a combinação de recursos também faça parte da constituição de grupos de sociedades *de fato* – pela participação capitalística –, elas não têm *necessariamente* uma direção econômica unitária que justifique a movimentação de divisas sem contraprestação. Como visto, há grupos de sociedades *de fato* que não são *econômicos*, de modo que a participação capitalística não demanda controle ou, sequer, influência significativa.⁵⁷ Nesses casos, a transferência de ativos sem efetiva contraprestação pode atrair a DPJ, mesmo porque a constatação da confusão patrimonial independe do ânimo fraudulento.⁵⁸

Quando a participação de um integrante do grupo for suficiente para que se exerça *influência dominante*,⁵⁹ o grupo de socie-

56 OLIVEIRA, Fabrício; ROSENVALD, Nelson, *Op. Cit.*, p. 210.

57 LSA: “Art. 243. [...] § 4º. Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. § 5º. É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”.

58 Diferente do que ocorre com o desvio de finalidade – ponto 2.1.

59 Possibilidade que uma sociedade dispõe de impor, estável e permanentemente, sua vontade

dades *de fato* também é *econômico*. Se a referência do Código Civil se destina a qualquer grupo *econômico* – de fato ou de direito –, deveria ser exigida uma interpretação uniforme: o intercâmbio patrimonial não fraudulento é próprio à operação de grupos econômicos. No entanto, qual seria a *área de proteção* antevista pelo legislador reformista? Nenhum documento do processo legislativo suscita a intenção regulatória.⁶⁰ Se a natureza do grupo econômico não tem importância para fins de salvaguarda à autonomia patrimonial, qual a razão societária para se arcar com os ônus de sua formalização? Talvez a melhor destinação da benesse devesse ser concedida aos grupos econômicos *de direito*.

Considerações Finais.

Embora a Lei de Liberdade Econômica tenha trazido importantes balizas para a restauração da força normativa da autonomia patrimonial, as consequências de suas disposições devem levar tempo para serem incorporadas à cultura jurídica. Até isso ocorrer, a regra do art. 49-A pode enfrentar importantes disputas, como as decorrentes da retirada da referência “dolosa” da conceituação do desvio de finalidade,⁶¹ das fragilidades do rol exemplificativo dos “atos-confusivos”⁶² e de suas repercussões sobre os grupos econômicos,⁶³ problemas levantados na introdução a essa investigação. Sobre eles, po-

no seio da estrutura organizativa de outra sociedade, através da determinação do sentido das decisões dos respectivos órgãos deliberativos e, mediatamente, das decisões dos respectivos órgãos de administração – ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 498.

60 PODER EXECUTIVO. *Medida Provisória 881/2019*. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2199763>. Acesso em: 25 set. 2020.

61 Ponto 2.1.

62 Ponto 2.2.

63 Ponto 3.1.

nho as seguintes soluções normativas ao controle da crítica acadêmica: (i) a falta de menção explícita ao elemento “doloso” não obsta sua exigência, haja vista a exigência de intencionalidade decorrente das demais expressões promulgadas caracterizadoras do desvio de finalidade; (ii) o acionamento da DPJ por confusão patrimonial requer um componente de ilicitude no “ato-confusivo”; e (iii) *o intercâmbio patrimonial não fraudulento é próprio à operação de grupos econômicos, não cabendo a exigência de contraprestação na transferência de bens e recursos entre seus integrantes.*

