

Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Já se teve oportunidade de mostrar, em artigo anterior¹, que a banalização da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil decorre, de certa forma, da própria banalização da personalidade jurídica. Por mais que seja correta a previsão do parágrafo único, do novo art. 49-A, do Código Civil, no sentido de que "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.", sabe-se que a referida alocação muitas vezes é utilizada de forma indevida, de maneira a possibilitar a transferência total do risco empresarial para os credores sociais, o que é particularmente danoso para pequenos credores e credores involuntários.

De fato, a prática brasileira vem apontando para a existência de sociedades limitadas compostas por poucos sócios (dois ou três), muitas vezes pertencentes à mesma família, sendo que, em muitos casos, o sócio majoritário tem um percentual tão expressivo de quotas que isso o permite agir como sócio tirano, no sentido de fazer da sociedade uma espécie de *longa manus* da sua

¹ Frazão, Ana. Responsabilidade limitada: As distorções da sua (não) aplicação na realidade brasileira. *Jota*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/responsabilidade-limitada-18102017>

própria personalidade. Com isso, criam-se pessoas jurídicas que não têm propriamente a autonomia que justificaria a sua existência.

Sob essa perspectiva, chega a ser irônico que a Lei de Liberdade Econômica tenha introduzido o art. 49-A no Código Civil, segundo o qual "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores." Afinal, em muitos casos, os primeiros que costumam descumprir tais regras, especialmente em sociedades limitadas familiares ou com poucos sócios, são os próprios sócios ou os sócios majoritários, que submetem a pessoa jurídica aos interesses pessoais, desconsiderando o objeto social e o interesse social.

Isso não afasta, entretanto, os inúmeros casos em que a desconsideração vem sendo aplicada de forma indevida ou mesmo abusiva, motivo pelo qual era realmente necessário que as previsões normativas sobre o tema fossem atualizadas. Ocorre que a Lei de Liberdade Econômica, ao disciplinar tal matéria, acabou ficando bem aquém do que seria esperado.

Com efeito, no que diz respeito aos requisitos para a desconsideração, a Lei de Liberdade Econômica praticamente mantém a parte inicial do art. 50, do Código Civil, e ainda acrescenta o § 1º, no sentido de que "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."

Ao deixar claro que, além dos atos dolosos, com propósito de lesar credores, a desconsideração também se justifica em razão de "ilícitos de qualquer natureza", continua deixando a questão excessivamente aberta.

Mesmo na parte relacionada à confusão patrimonial, a Lei de Liberdade Econômica introduziu o § 2º no art. 50 do Código Civil, nos seguintes termos:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Em primeiro lugar, questiona-se a adequação do requisito de cumprimento repetitivo previsto no inciso I, tendo em vista que um só ato de confusão patrimonial já corresponde à violação da finalidade de separação patrimonial, o que é ainda mais evidente quando os valores envolvidos são altos. Daí por que não há qualquer fundamento para restringir a confusão patrimonial apenas ao cumprimento repetitivo desse tipo de desvio de finalidade.

De toda sorte, os demais incisos (II e III) são tão amplos que, muito além de resolver os supostos problemas que decorreriam da redação restrita do inciso I, ainda continuam tratando do tema sob viés excessivamente abrangente, que dificilmente será suficiente para oferecer aos tribunais parâmetros minimamente objetivos para lidar com a confusão patrimonial. Afinal, há que se reconhecer que especialmente o inciso III, ao mencionar “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”, não esclarece muita coisa e ainda é de amplo alcance, de forma que continuará dependendo da sua densificação por parte dos tribunais.

Dessa maneira, tem-se que a Lei de Liberdade Econômica não trouxe evoluções significativas no que diz respeito aos requisitos da desconsideração, que continuarão a ser plasmados pelos tribunais a partir de conceitos jurídicos consideravelmente abertos.

De toda sorte, vale ressaltar que um dos pontos positivos da Lei de Liberdade Econômica foi o § 3º, do art. 50, que expressamente assegurou a chamada desconsideração inversa, ao prever que “O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.” Por mais que tal possibilidade já viesse sendo acolhida pela jurisprudência, era importante que houvesse uma referência legislativa nesse sentido.

Inclusão importante, mas que merece ser vista com cautela, é a do § 5º, do art. 50, que afirma “Não constitui desvio de finalidade a mera expansão

ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.” Por mais que o parágrafo não esteja equivocado, é preciso interpretá-lo adequadamente, uma vez que a alteração da finalidade da pessoa jurídica que modifique substancialmente o risco da atividade tem desdobramentos sobre os credores anteriores.

Dessa maneira, o ideal é que se aplique a regra do § 5º para as alterações de finalidade que não modifiquem significativamente o risco da atividade, admitindo-se a possibilidade de desconsideração quando a insuficiência patrimonial decorrer de modificação da finalidade que tenha ampliado, de forma indevida e excessiva, o risco da atividade, subvertendo as legítimas expectativas dos credores sociais anteriores.

Ponto positivo da Lei de Liberdade Econômica foi o de tentar colocar um fim nas controvérsias sobre a eficácia subjetiva da desconsideração, tema extremamente polêmico, havendo até julgados que a estendiam a todos os sócios, mesmos os minoritários ou passivos.

Daí por que tal problema precisava ser endereçado e, nesse sentido, é salutar que a Lei de Liberdade Econômica tenha procurado resolver a celeuma, como se observa pela parte final da atual redação do art. 50, segundo o qual a desconsideração deve incidir sobre os “bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.”

Questiona-se, apenas, se o critério do benefício não deveria ter sido acompanhado, igualmente, do critério dos envolvidos no desvio de finalidade. Afinal, havendo administradores ou sócios que participaram, direta ou indiretamente, do abuso da personalidade jurídica, a circunstância de não terem tido benefícios não afasta, por si só, o desrespeito à autonomia da pessoa jurídica e os reflexos sobre a insuficiência patrimonial que irá prejudicar os credores sociais.

Como nem sempre os que participaram do desvio terão benefícios, o mais adequado seria que fossem atingidos pela desconsideração os bens não apenas dos que se beneficiaram pelo abuso, mas também de todos os que o praticaram.

Por fim, resta destacar que a Lei incluiu um o § 4º, do art. 50, segundo o qual “A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica.”

É inequívoco que a questão dos grupos merecia uma atenção do legislador, seja para estabelecer mais adequadamente os pressupostos objetivos da desconconsideração, seja para estabelecer a eficácia subjetiva. Isso por que, em muitos casos, em razão da dívida de uma das sociedades do grupo, a desconconsideração atingia indiscriminadamente todas as sociedades.

Todavia, ao prever tal regra – que, em princípio, está correta – sem criar nenhuma regra de responsabilidade direta de controladores por atos de controladas, o legislador mantém vácuo normativo que possibilita que controladoras possam usar indiscriminadamente de suas controladas sem um sistema efetivo de responsabilização. Continuamos a nos basear no modelo atomístico de sociedades quando a realidade econômica aponta para o modelo molecular, que requer a necessária adaptação da regulação jurídica.

Dessa maneira, tem-se que os avanços da Lei, nessa matéria, foram tímidos diante do que se esperava. Além de não endereçarem o problema essencial do Direito Societário brasileiro – parâmetros para a correta alocação de riscos e responsabilidades tanto no plano individual, como no plano grupal – continuamos a não ter parâmetros objetivos para o desvio de finalidade, mesmo no que diz respeito à confusão patrimonial.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/lei-de-liberdade-economica-e-impactos-sobre-desconsideracao-da-personalidade-juridica-21112019

Publicado em 21/11/2019