

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação

Fernanda Marra Vidigal

**A CONFUSÃO PATRIMONIAL COMO TIPO:
repensando a desconsideração da personalidade jurídica**

Belo Horizonte
2020

Fernanda Marra Vidigal

**A CONFUSÃO PATRIMONIAL COMO TIPO:
repensando a desconsideração da personalidade jurídica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Estudo: P-06 – Empresa no Mercado.

Linha de Pesquisa: 1 – Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres

V653c Vidigal, Fernanda Marra
A confusão patrimonial como tipo: repensando a desconsideração da
personalidade jurídica / Fernanda Marra Vidigal. – 2020.

Orientador: Marcelo Andrade Feres.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito empresarial – Teses 2. Confusão patrimonial – Teses
3. Desconsideração da personalidade jurídica – Teses I.Título

CDU 347.191



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. FERNANDA MARRA VIDIGAL

Aos nove dias do mês de dezembro de 2020, às 10h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres (orientador da candidata/UFMG); Profa. Dra. Natália Cristina Chaves (UFMG) e Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão (UnB), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito da Bel^a. **FERNANDA MARRA VIDIGAL**, matrícula nº **2019651976**, intitulada: **"A CONFUSÃO PATRIMONIAL COMO TIPO: REPENSANDO A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA."** Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando à mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

Nota: 100,00 Conceito: Aprovada

Nada mais havendo a tratar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, servidora pública lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:

MARCELO ANDRADE FERES
Assinado de forma digital por
MARCELO ANDRADE FERES
Dados: 2020.12.10 18:57:44 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres (orientador da candidata/UFMG)


Profa. Dra. Natália Cristina Chaves (UFMG)


Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão (UnB)


- CIENTE: Fernanda Marra Vidigal (Mestranda)

Para meus pais, Marisa e Pedro.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma dissertação de mestrado não é possível sem a contribuição e o apoio de diversas pessoas. A par disso, a ocasião merece a demonstração dos meus sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, por serem os meus maiores exemplos e os meus grandes incentivadores. Sem as suas palavras e presença quotidianas, esta tarefa seria muito mais difícil. Obrigada por sempre me lembrarem da simplicidade da vida e da beleza das coisas.

A minha irmã, Clarissa, pela paciência com meus desabafos e angústias, e por sempre me mostrar o lado mais leve de tudo. Reafirmo: não há nada melhor do que compartilhar uma vida inteira com você.

Ao Raphael, por estar ao meu lado a todo o momento, com tanta certeza de que tudo dará certo, e por sempre me acolher com calma e amor.

Ao professor Marcelo Andrade Féres, além da valiosa e dedicada orientação, por ser um grande encorajador da trajetória acadêmica.

Aos colegas da pós-graduação, que compartilharam esse desafio comigo e me engradeceram com a rica convivência dentro e fora das salas de aula.

A todos os meus amigos, por compreenderem as minhas escolhas e estarem sempre por perto.

Por fim, não poderia deixar de agradecer a todos os professores da Vetusta Casa de Afonso Pena, exemplos de empenho profissional e da docência, especialmente aos brilhantes Marcelo de Oliveira Milagres, Natália Cristina Chaves, Edgard Audomar Marx Neto e Juliana Cordeiro de Faria, com os quais tive a inesquecível oportunidade de aprender.

*Pisa com força, querida, teu caminho de areia.
Afunda as pedrinhas no chão.
Deixa o rastro dos teus pés. Outros o acharão.
Anda sem pressa nenhuma, assim como alguém que semeia.*

*Navega e recorta o caminho, no reboiço do mar.
O cardume é companheiro.
Branças velas apontam onde se possa ancorar,
Onde as ondas se desfaçam, no remanso do pesqueiro.*

*Roça de leve o caminho de nuvem ou de luar.
Abre picadas no vento
Pois o roteiro da brisa é que é preciso inventar.
Segue teu rumo, teu norte, ao sopro de cada momento.*

(Vovó Dida)

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a confusão patrimonial como hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica. Parte da constatação do atual cenário de insegurança que permeia o fenômeno, haja vista a escassa existência de estudos doutrinários específicos sobre o tema, aliada à frequente menção de sua configuração por parte dos tribunais brasileiros, sem, contudo, se atentarem para a devida fundamentação das decisões. Aborda, ainda, a publicação da Lei da Liberdade Econômica, que promoveu alterações nos dispositivos do Código Civil referentes aos requisitos autorizadores da desconconsideração da personalidade jurídica, dentre eles o da confusão patrimonial. Todavia, diante dos questionamentos já levantados acerca da eficácia e da redação do novo diploma, o estudo se dedica a uma análise aprofundada do fenômeno, desde o seu surgimento e evolução no sistema jurídico, até o seu papel e a sua relevância para o Direito Empresarial nos tempos atuais. Outrossim, busca esclarecer a definição e o significado da confusão patrimonial, bem como suas características fundamentais e seus requisitos, contribuindo para a sua identificação pelo aplicador do Direito no caso concreto e a correta utilização do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica. Ao final, na tentativa de encontrar o tratamento adequado da confusão patrimonial, o trabalho propõe uma incursão metodológica, procurando respostas para a garantia de uma maior segurança jurídica.

Palavras-chave: confusão patrimonial; desconconsideração da personalidade jurídica; liberdade econômica; metodologia.

ABSTRACT

The object of this study is the phenomenon of commingling of assets as a hypothesis of disregarding the corporate entity. It starts from the observation of the current scenario of insecurity, considering the scarce existence of specific doctrinal studies on the subject, and its frequent mention by the Brazilian courts, without, however, properly justifying the decisions. It also addresses the publication of the “Lei da Liberdade Econômica” which has changed the provisions of the Brazilian Civil Code regarding the authorizing requirements for disregarding the corporate entity, including that of commingling of assets. However, due to the questions already raised about the new law text and its effectiveness, this study is dedicated to a thorough analysis of the phenomenon, from its emergence and evolution in the legal system, to its role and relevance to corporate law in present day. Furthermore, it seeks to clarify the definition and meaning of commingling of assets, as well as its fundamental characteristics and requirements, contributing to its correct identification by courts and the proper application of the disregard doctrine. In the end, in an attempt to find a more accurate and functional approach to the phenomenon of commingling of assets, this work proposes a methodological incursion, looking for answers to ensure greater legal certainty.

Key-words: commingling of assets; disregard of the corporate entity; economic freedom; methodology.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- CC – Código Civil
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- CPC – Código de Processo Civil
- EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
- LLE – Lei da Liberdade Econômica
- LSA – Lei das Sociedades por Ações
- MP – Medida Provisória
- PL – Projeto de Lei
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Geras
- TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná
- TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
- TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	AUTONOMIA PATRIMONIAL, LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	16
2.1	Conceito e funções de patrimônio.....	16
2.1.1	Breve exposição histórica: o surgimento do patrimônio como categoria jurídica e suas teorias doutrinárias	16
2.1.2	Conceito, elementos e características do patrimônio	21
2.1.3	O patrimônio de afetação e a possibilidade de separação patrimonial.....	25
2.1.4	As funções do patrimônio	28
2.2	Autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade no campo societário	33
2.2.1	A limitação da responsabilidade e o cálculo do risco empresarial.....	33
2.2.2	Personalidade jurídica: uma técnica de separação patrimonial.....	38
2.2.3	Autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade	43
2.3	A teoria da desconsideração da personalidade jurídica.....	48
2.3.1	O surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e suas noções fundamentais.....	48
2.3.2	Panorama geral das hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua evolução no Brasil.....	56
3	A CONFUSÃO PATRIMONIAL COMO HIPÓTESE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	64
3.1	A origem da confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica	64
3.2	A confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica conforme a redação original do Código Civil brasileiro de 2002	72
3.3	As construções teóricas da confusão patrimonial.....	80
3.3.1	Premissas iniciais	80

3.3.1.1	<i>Distinção entre confusão patrimonial e confusão de esferas</i>	82
3.3.1.2	<i>A confusão patrimonial como hipótese de abuso do direito de limitação da responsabilidade</i>	85
3.3.2	Conceito, natureza jurídica e efeitos da confusão patrimonial	87
3.3.3	Identificação no caso concreto	95
3.3.4	Breves considerações acerca da confusão patrimonial nos grupos societários	101
4	A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS SOBRE A CONFUSÃO PATRIMONIAL	112
4.1	Contexto e objetivos da Lei da Liberdade Econômica.....	112
4.2	As alterações promovidas no tocante à desconsideração da personalidade jurídica	119
4.3	As hipóteses de confusão patrimonial.....	135
5	A METODOLOGIA DA CONFUSÃO PATRIMONIAL: UMA FERRAMENTA PARA A TEORIA	141
5.1	A metodologia da ciência do Direito de Karl Larenz e o pensamento sistemático.....	141
5.2	A confusão patrimonial como tipo: regulação e interpretação	148
5.2.1	O tratamento legislativo da confusão patrimonial.....	151
5.2.2	A interpretação da confusão patrimonial	155
5.3	A prova da confusão patrimonial.....	159
6	CONCLUSÕES	164
	REFERÊNCIAS	171

1 INTRODUÇÃO

Já em 1951, Norberto Bobbio afirmava que a segurança jurídica constitui elemento intrínseco ao Direito, de modo que ou o Direito é seguro, ou não é sequer Direito¹. Embora não se trate de princípio absoluto do ordenamento, haja vista a constante necessidade de atualização do sistema, a fim de acompanhar as mudanças e o desenvolvimento da sociedade, a segurança jurídica representa valor fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito, estando expressa no texto da Constituição de 1988².

Não é novidade, contudo, que, ainda no século XX, observou-se uma tendência de abandono da legalidade, marcada pela contraditória hipertrofia legislativa com a perda da concretude e eficiência das normas jurídicas, colocando em xeque o tão almejado princípio da segurança. Em artigo publicado no ano de 2006, Humberto Theodoro Júnior apontava os riscos da “onda reformista do Direito Positivo”, herdada pelo século atual, que o transformava em uma “colcha de retalhos”, citando, dentre outras características:

(...) a supremacia de valores abstratos, por engenhosas e enigmáticas fórmulas puramente verbais, que simplesmente anulam a importância do Direito legislado e fazem prevalecer tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos que as demonstrem genericamente e, por isso mesmo, permitem ditar por mera conveniência do intérprete e simples prepotência do aplicar o sentido que bem lhes aprouver nas circunstâncias do caso concreto.³

¹ BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. n. 28, 1951, p. 146-157. “La certezza del diritto [è] un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto”.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 50. “Considerando-se que a expressão ‘segurança jurídica’, como será examinado ao longo deste texto, é associada aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do Direito, dentre outros, verifica-se, portanto, que, já no preâmbulo, a CF/88 demonstra grave preocupação com a segurança jurídica mediante a utilização de termos como ‘segurança’, ‘assegurar’, ‘harmonia’ e ‘ordem’. A CF/88 contém, igualmente, referências diretas e indiretas à ‘segurança’. No Título referente aos ‘Princípios Fundamentais’, ela institui um Estado Democrático de Direito (art. 1º), doutrinariamente associado, conforme será demonstrado, à ideia de segurança jurídica. No Título relativo aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, ela não só prevê o direito fundamental à ‘segurança’ (art. 5º, caput) como também estabelece uma série de ‘garantias’, isto é, de ‘instrumentos assecuratórios’ de direitos. Em vários âmbitos normativos, institui numerosas ‘garantias’ e ‘limitações’ ao exercício do poder, tradicionalmente compreendidas como elementos parciais da segurança jurídica, de que são exemplo a legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), a irretroatividade (art. 150, III, ‘a’) e a anterioridade (art. 150, III, ‘b’).”

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v.1, n. 1, abr. 2006, p. 92-120.

Em se tratando do Direito Empresarial, esse cenário de insegurança ganha destaque em razão da sua direta repercussão no funcionamento do mercado e, via de consequência, nas relações econômicas e sociais. Veja-se que a ausência de previsibilidade na aplicação das normas é responsável por dificultar o cálculo do risco empresarial e promover o aumento dos custos de transação, desestimulando investimentos e prejudicando o desenvolvimento social⁴.

Com base nessas noções, recentemente foi publicada a Lei n. 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica – LLE), decorrente da conversão da Medida Provisória n. 881/19, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecendo garantias de livre mercado. Com o objetivo de proporcionar um ambiente atrativo ao empreendedorismo brasileiro, a Lei busca viabilizar o livre exercício das atividades econômicas, garantindo a autonomia privada e a segurança jurídica.

Entre as alterações trazidas pelo novo diploma, destaca-se a reforma dos dispositivos do Código Civil (Lei n. 10.406 de 2002) aplicáveis à desconsideração da personalidade jurídica, notadamente a inclusão do art. 49-A e a nova redação do art. 50. Nesse sentido, a LLE promoveu modificações na conceituação dos requisitos do conhecido instituto da desconsideração, dentre eles o da confusão patrimonial, a fim de garantir maior segurança e clareza na sua aplicação pelos tribunais pátrios.

Todavia, desde a sua publicação, têm sido levantados diversos questionamentos, não apenas do ponto de vista material do novo texto, como também no que toca à sua efetividade e ao real alcance das finalidades pretendidas pelo legislador. Especificamente quanto à confusão patrimonial, há dúvidas, por exemplo,

⁴ Já no contexto da limitação da responsabilidade, ensina Leonardo Parentoni, citando Max Weber e Natalino Irti: PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 39. “Em outras palavras, quem exerce qualquer atividade amparado pela limitação de responsabilidade (mesmo nas chamadas ‘atividades de risco’) sabe antecipadamente o montante que será perdido em caso de insucesso, podendo decidir se vale a pena ou não correr o risco. Consequentemente, as normas jurídicas acerca da limitação de responsabilidade funcionam como parâmetro para a tomada de decisões. Devem, portanto, ser precisas, estáveis e previsíveis, razão pela qual Max Weber adota a expressão direito calculável, enquanto Natalino Irti defende uma ordem jurídica para o mercado, consistente na definição de parâmetros normativos para embasar a tomada de decisões por parte dos empresários, consumidores, trabalhadores e demais agentes do mercado. Ou seja, as vantagens trazidas pela limitação de responsabilidade não se circunscrevem ao campo privado dos sujeitos por ela beneficiados. Ao contrário, transcendem a ótica particular para beneficiarem a sociedade como um todo, na medida em que favorecem o funcionamento do mercado, conferindo-lhe segurança jurídica, estimulando investimentos no desenvolvimento de novos produtos e serviços, possibilitando a redução de custos, etc”.

acerca da suficiência do conceito atribuído ao fenômeno, bem como da abertura conferida ao rol que estabelece as suas hipóteses de ocorrência.

Ressalte-se, ademais, que, em que pese a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ser um dos institutos mais debatidos pela dogmática jurídica, notadamente na seara empresarial, ainda são escassos os estudos específicos sobre a sistematização da confusão patrimonial. Com efeito, o termo é comumente empregado pela jurisprudência, mas, na maioria das vezes, de maneira genérica, não havendo uma delimitação clara da sua configuração.

Diante desse cenário, o presente trabalho tem como objetivo justamente promover um estudo aprofundado acerca da confusão patrimonial, como hipótese autorizadora da desconsideração da personalidade jurídica. Pretende-se, assim, analisar o seu surgimento e evolução no sistema jurídico, bem como o seu papel e a sua relevância para o Direito Empresarial. Outrossim, busca-se esclarecer a sua definição e significado, suas características fundamentais e requisitos configuradores, contribuindo para a sua identificação pelo aplicador do Direito no caso concreto e a correta incidência do instituto da desconsideração. Ao final, na tentativa de encontrar o tratamento adequado da confusão patrimonial, propõe-se uma incursão metodológica, procurando respostas para a garantia de uma maior segurança jurídica.

Nesse sentido, o texto se divide em quatro capítulos, além desta introdução e das conclusões. O primeiro deles apresenta as principais noções acerca do patrimônio, seu conceito e suas funções, bem como a origem e a importância da construção da noção de autonomia patrimonial no ordenamento jurídico. Trata, ainda, da sua relação com a personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade, destrinchando o surgimento histórico desses conceitos e as suas respectivas utilidades e aplicações no sistema atual. Conclui com o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, por sua vez, a evolução desse instituto no contexto brasileiro e suas hipóteses configuradores.

Em continuidade, o capítulo seguinte tem como foco o estudo da confusão patrimonial, o surgimento da sua noção e o seu desenvolvimento no âmbito do Direito, analisando desde o tratamento legislativo do fenômeno, até os trabalhos doutrinários sobre o tema e a sua aplicação jurisprudencial. Após, concentra-se nos ensinamentos teóricos, visando a esclarecer os fundamentos da confusão patrimonial – seu conceito, natureza jurídica, efeitos, entre outros aspectos considerados imprescindíveis.

O penúltimo capítulo analisa as alterações promovidas pela LLE em relação à desconsideração da personalidade jurídica em geral e, destacadamente, no que toca à hipótese da confusão patrimonial. Para tanto, parte da apreciação do contexto de publicação do diploma, suas pretensões e objetivos, e, em seguida, propõe algumas observações críticas para a nova redação atribuída ao Código Civil, tendo sempre como parâmetro a necessidade de delimitação do tema em questão e de garantia da segurança jurídica no ambiente empresarial brasileiro.

Feito o diagnóstico, o capítulo que precede as conclusões elabora a proposta de uma metodologia da confusão patrimonial, fornecendo ferramentas para o tratamento do tema no Direito, seja do ponto de vista normativo, seja interpretativo e de aplicação, ou mesmo probatório. Apresentam-se, assim, perspectivas para a consolidação de um cenário mais seguro.

Em suma, este é o relatório da dissertação, que ora se apresenta como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

2 AUTONOMIA PATRIMONIAL, LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 Conceito e funções de patrimônio

2.1.1 Breve exposição histórica: o surgimento do patrimônio como categoria jurídica e suas teorias doutrinárias

O surgimento do patrimônio como instituto jurídico, como bem destacou Ana Caroline Ceolin⁵, remonta à evolução histórica das relações obrigacionais e dos seus modelos executórios, que, acompanhando o desenvolvimento da civilização moderna, progrediram de um cenário baseado na autotutela e no uso da força bruta para a realidade da execução patrimonial.

Sabe-se que as primeiras organizações da vida em sociedade eram baseadas na defesa individual dos interesses particulares, não havendo a figura do Estado para intermediar a solução dos conflitos. Sobre o assunto, ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Um traslado mental às fases primitivas da civilização, quando ainda os grupos não se continham sob a autoridade de um Estado já consolidado, permitirá entender, com essas considerações, por que tinham os particulares de recorrer à força bruta para a satisfação de seus interesses conflitantes com os de outrem: na fase embrionária de sua própria formação, não dispõe o Estado de força suficiente para apartar os litigantes em conflito e, substituindo-se a eles, conduzir a atuação do direito segundo seus próprios critérios.⁶

Com efeito, não é por outra razão que as maneiras utilizadas para compelir um indivíduo a pagar suas dívidas acabavam por incidir sobre a sua pessoa e o seu próprio corpo. Afinal, o vínculo obrigacional que se formava tinha natureza pessoal, sujeitando o devedor ao poder de agir do credor, o que, em caso de descumprimento, significava a imposição de castigos físicos.⁷

⁵ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 19.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 29-30.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

No mesmo sentido:

Consoante as lições de Dinamarco, à medida em que as instituições estatais se solidificavam, teve início o longo processo evolutivo de “humanização da execução forçada”⁸. Um importante marco a ser destacado nesse transcurso é a chamada *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), apontada pela doutrina como sendo a lei responsável pela patrimonialização (ou despersonalização) do vínculo obrigacional⁹. Nas palavras de José Carlos Moreira Alves, foi somente após o seu advento que “o patrimônio do devedor passou a responder pelo débito”¹⁰, e não mais o seu corpo.

A partir de então, foi vedada a imposição de penas cruéis ao devedor insolvente e, gradualmente, a responsabilidade se deslocou para a sua esfera econômica¹¹: os bens, e não mais a pessoa do obrigado, assumiram o escopo de garantia dos credores.

Para além do caráter humanizador da obrigação e da execução, essas transformações atribuíram importância a uma nova categoria jurídica, até então pouco ou nada explorada. Como constatou Ceolin, “a *Lex Poetelia* criou mais do que um

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 417. “(...) quanto ao direito pré-clássico, os romanistas divergem sobre se a obrigação nasceu do delito (essa, a opinião da maioria) ou do contrato, mas concordam em que ela estabelecia, a princípio, não um vínculo jurídico (isto é, imaterial), mas um vínculo material, em virtude do qual o devedor respondia pela dívida com o seu próprio corpo”.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 300. “Fato certo, todavia, é que a obrigação vinculava originariamente a pessoa mesma do devedor ao credor – nexum – e no caso de descumprimento do obrigado pagava ele com seu corpo”.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, v. 1, p. 273. “Al quale scopo – di mettere cioè a servizio del creditore la forza di lavoro del debitore o anche di persone soggette alla sua potestà – serviva pure un apposito negozio giuridico: il *nexum*”.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32-33.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 300. “Foi a *Lex Poetelia Papiria* (...) que, revolucionando essencialmente os conceitos, deslocou o objeto da responsabilidade da pessoa para os bens do devedor: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse”.

BIONDO, Biondi. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 340. “La stessa *lex Poetelia Papiria*, mentre abolì il *nexum*, introdusse il principio: *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse* (Livio, 8, 28)”.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 417.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43-44. “A transformação principiou com a *Lex Poetelia* do ano 326 a.C. (ou 441 a.u.c.), a qual ditou várias normas atenuadoras do sistema então vigente, a saber: a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da *manus injectio*, repelindo a mão que o prendia (*manus sibi depellere*) mediante o juramento de que tinha bens suficientes para satisfazer o crédito (*bonam copiam jurare*); e, acima de tudo isso, (d) extinguiu o *nexum*, passando então o devedor a responder por suas obrigações com o patrimônio que tivesse, não mais com o próprio corpo (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*). Estava aberto o caminho para eliminar a execução corporal”.

princípio de direito; ela fez nascer um novo instituto jurídico: o patrimônio”¹². Segundo a autora, enquanto vigente a noção de execução corporal, como meio hábil a coagir o devedor ao cumprimento de suas obrigações, o patrimônio não se prestava a qualquer fim jurídico, não sendo, por isso, objeto de estudo dos doutrinadores¹³.

Em outras palavras, o surgimento e a consolidação do patrimônio no sistema estava diretamente relacionado ao exercício da função de garantia dos credores. A partir de então, o instituto tornou-se objeto de estudo de diversos juristas e doutrinadores, que desenvolveram as primeiras teorias sobre o tema.

Sabe-se que a chamada teoria clássica, preconizada sobretudo pelos franceses Charles Aubry e Charles Rau, e da qual se desdobraram as várias noções de patrimônio, se baseava ainda na sua relação com a noção de personalidade. Para os clássicos, “a ideia do patrimônio deduz-se diretamente da de personalidade e, sendo aquele a emanção desta, é a expressão da potência jurídica em que uma pessoa, como tal, se acha investida”¹⁴. Por isso, entendia-se que o patrimônio era dotado das mesmas características atribuídas à personalidade, tais como a unidade e a indivisibilidade. Daí a conhecida afirmação de que toda pessoa teria necessariamente um patrimônio, e não mais do que um patrimônio¹⁵.

¹² CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 24.

¹³ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 25. “De fato, só se sentiu a necessidade de se teorizar o patrimônio após a despersonalização da responsabilidade obrigacional. A noção de patrimônio, portanto, só galgou a posição de instituto na sistemática normativa depois que ele passou a ocupar-se da função, primitivamente desempenhada pela própria pessoa do devedor, de garantir a satisfação dos credores”. E, citando Luis Bustamante Salazar, a autora complementa: “Pode-se afirmar, nesse contexto, que a atribuição do papel de garante da satisfação dos credores foi determinante para o surgimento do patrimônio como instituto jurídico, pois, ‘enquanto se explica a obrigação como vínculo material de sujeição do devedor ao credor, o patrimônio não nasce, porque nenhum papel desempenha”.

¹⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 221.

¹⁵ AUBRY ET RAU. *Cours de Droit Civil Français*. 5. ed. revista por Étienne Bartin. Paris, 1917, vol. 9, p. 333-336 *apud* MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 221.

No mesmo sentido: VILLELA, João Baptista; GOMES, Elena de Carvalho. Os Patrimônios Separados no Estatuto Jurídico da Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.469-480. “O reconhecimento de que o poder de sujeitar a matéria ao seu interesse é inerente a todo o homem e o fato de que o vínculo que entre um e outras se estabelece sob o poder da vontade, foi que levou à ideia de patrimônio e, contemporaneamente com ela, à ideia de sua unidade. Todos têm um patrimônio e só um patrimônio”.

Ao longo dos anos, contudo, a teoria clássica sofreu inúmeras críticas, especialmente em razão do seu descompasso com a realidade dos fatos sociais, em que já se observava, por exemplo, a existência da pessoa jurídica, da herança jacente, da sociedade de fato, entre outros institutos que, notadamente, não se explicavam pela concepção personalista de patrimônio¹⁶. Nesse sentido, buscando combater tais incompatibilidades, foram desenvolvidas teorias antagônicas, de cunho objetivista, que chegaram até mesmo a defender a existência de patrimônios sem sujeito¹⁷.

É de se ressaltar, todavia, que a evolução do conceito subjetivista de patrimônio para o objetivista não ocorreu repentinamente, conforme elucidou o jurista português Paulo Cunha: “de um extremo a outro das concepções em conflito se estabelece uma insensível transição, uma série de gradações e de pequenas modificações, que permitem ir passando de uma doutrina para outra, sem aparecer flagrante a mudança de concepção”¹⁸. Isto é, na verdade, houve diversos posicionamentos intermediários que trataram do patrimônio no decorrer do tempo, cada qual com suas nuances e contribuições.

Diante dessa observação, Cunha procurou sistematizar as teorias do patrimônio, alcançando uma divisão em seis principais modalidades, que podem ser assim compreendidas¹⁹:

A primeira corrente corresponde à conhecida teoria clássica, que identifica o patrimônio como emanção da personalidade, sendo, por consequência, único, indivisível e intransmissível. Para esta vertente, eventual hipótese que contrarie esses princípios deve ser considerada como anomalia jurídica.

A segunda concepção descrita por Cunha também possui bases personalistas e adota os mesmos preceitos da unicidade, indivisibilidade e intransmissibilidade do patrimônio. Contudo, de maneira mais flexível, admite exceções naturais a esses princípios, sem que se configure qualquer espécie de anomalia.

¹⁶ SALAZAR, Luis Bustamante. *El Patrimonio: Dogmática Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 14 *apud* CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 38.

¹⁷ VILLELA, João Baptista; GOMES, Elena de Carvalho. Os Patrimônios Separados no Estatuto Jurídico da Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.469-480.

¹⁸ CUNHA, Paulo A. V. *Do patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934, v. 1, p. 54-55.

¹⁹ CUNHA, Paulo A. V. *Do patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934, vol. 1, p. 81-121.

A terceira categoria doutrinária, por sua vez, não admite que o patrimônio seja inerente à personalidade, e nega os princípios que decorriam dessa relação. Todavia, segundo o autor português, são mantidos, ainda, certos traços subjetivistas: o patrimônio se distingue da personalidade, mas pressupõe a sua existência²⁰.

A quarta vertente também refuta os preceitos clássicos da unicidade, indivisibilidade, intransmissibilidade, bem como o vínculo de inerência do patrimônio à pessoa, mas se diferencia da corrente anterior por ser contrária à ideia de patrimônio como universalidade jurídica – conceito que ainda será abordado.

A quinta concepção representa o rompimento completo da relação entre o instituto do patrimônio e a personalidade, ao admitir a possibilidade de patrimônios sem sujeito. Nesse sentido, o instituto passa a ser definido como um conjunto de direitos subjetivos destinados a um fim, que pode ou não pertencer a uma pessoa.

Por fim, a sexta corrente, afastando-se da noção de direitos subjetivos, conceitua o patrimônio como um mero conjunto de riquezas afetadas a um fim, e que sobrevive independentemente da existência de um sujeito titular. Para que haja patrimônio, importa somente a afetação a um fim.

Analisando as teorias consubstanciadas por Paulo Cunha e pretendendo identificar a posição adotada pelo Direito brasileiro, Sylvio Marcondes Machado constatou que o Código Civil de 1916, então vigente, embora não tratasse expressamente do conceito de patrimônio, melhor se aderiria à terceira concepção doutrinária acima exposta²¹.

Tal conclusão foi extraída por Sylvio Marcondes, especialmente, a partir da análise dos dispositivos referentes à responsabilidade patrimonial e à transmissibilidade da herança. Em síntese, segundo o autor, o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 concebia o patrimônio como universalidade jurídica²² e

²⁰ CUNHA, Paulo A. V. *Do patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934, vol. 1, p. 88-90.

²¹ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 225-229.

²² MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 226. “Se o Código, por um lado, omitiu o conciso texto, expresso em outras legislações, do qual se infere a natureza do patrimônio, por outro lado o conceituou, diretamente, na categoria das universalidades, ao dispor: ‘O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais’ [art. 57 do Código Civil de 1916]. (...) A norma legal evoca, ao contrário, a ideia de universalidade de direito, lembrado que, entre os elementos fundamentais da noção desta, se inclui o de ser complexo formado por força da lei, pois tal requisito está expressamente consagrado no texto, ao definir que o patrimônio e a herança são universalidades ‘e como tais subsistem’”.

demonstrava que o legislador pátrio optou, naquele momento, por não se filiar aos princípios da unicidade, indivisibilidade e intransmissibilidade do patrimônio²³.

Cumprido notar que, posteriormente, o Código Civil de 2002 parece não ter inovado no assunto, conservando a mesma posição da lei precedente²⁴, conforme se extrai da redação dos seguintes dispositivos:

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

Assim, é possível afirmar que o Direito brasileiro atual concebe o patrimônio como uma universalidade de direito, dotada de um sujeito titular, que pode deter mais de uma massa patrimonial, e admite a sua transmissibilidade e divisibilidade. A seguir, busca-se destrinchar o significado de cada um desses caracteres.

2.1.2 Conceito, elementos e características do patrimônio

²³ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 228-229. Citando os arts. 928, 1.572, 1.587 e 1.796 do Código Civil de 1916, que consagravam a imediata transmissão da herança aos herdeiros, bem como a responsabilidade pelo pagamento das dívidas do falecido no limite das forças da herança, o autor afirma que: "Colocado o observador na posição de herdeiro, verifica-se que [as universalidades patrimônio e herança] coexistem, por pertinência ao mesmo titular. Sem negar aos objetos de direito o suporte do sujeito de direito, o legislador pátrio, contradiz, assim, a indivisibilidade e, pois, a unicidade do patrimônio".

²⁴ No mesmo sentido: HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. Patrimônio, patrimônio separado ou especial, patrimônio autônomo. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 263-279. "Com o advento do Código Civil de 2002, a situação não se modificou, pois agora expressamente o art. 91, que trata das universalidades de direito (entre as quais se inclui o patrimônio, como vimos, e justamente porque existe o regime jurídico unificador representado principalmente pela regra da responsabilidade patrimonial), elege a pessoa como ponto de referência unificador".

A fim de melhor compreender os critérios e o conceito adotados pelo ordenamento pátrio quanto ao patrimônio, é necessário pormenorizar as características e os elementos que o compõem.

Como visto, o Código Civil vigente atribui ao instituto a natureza de universalidade, mais especificamente, de universalidade de direito. Nas palavras de Sylvio Marcondes, “as universalidades são constituídas por uma pluralidade de coisas, que conservam sua autonomia funcional mas são unificadas em vista de uma particular valoração, feita pelo sujeito ou reconhecida pelo Direito”²⁵. Trata-se, assim, do agrupamento de coisas singulares, formando um todo unitário voltado a um fim comum.

A classificação das chamadas *universitas rerum* em universalidades de fato e universalidades de direito tem origem no Direito Romano dos glosadores e pode assim ser resumida: enquanto a primeira é composta por coisas ou bens autonomamente considerados, reunidos pela vontade de um sujeito para uma destinação unitária (vínculo material); a segunda é formada por um conjunto de relações jurídicas ativas e passivas, que se unificam por força de lei (vínculo fictício)²⁶.

Desse modo, atribuir ao patrimônio a natureza de universalidade de direito, significa, primeiramente, reputar o instituto como um agrupamento de relações jurídicas; não sendo, portanto, integrado por bens, mas sim por direitos. Nas palavras de Pontes de Miranda: “nele [o patrimônio], só há direitos. Não se pode dizer, em terminologia e sistemática jurídica escorreitas, que a casa A é elemento do patrimônio de alguém; o que é elemento do patrimônio é o direito de propriedade sobre a casa A”²⁷. Deve-se observar, contudo, que os bens, por seu turno, correspondem ao objeto de algumas das relações que constituem o patrimônio, como no próprio exemplo do direito de propriedade (a casa A é objeto do direito de propriedade que, por sua vez, é elemento do patrimônio de um sujeito)²⁸.

Tal compreensão, de fato, vem ao encontro do posicionamento majoritário da doutrina nacional e estrangeira, que caracteriza o patrimônio como o complexo de

²⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 208.

²⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 210-215; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 365-367.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 369.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 376.

relações jurídicas economicamente apreciáveis de um sujeito²⁹. Afirma-se, portanto, que os elementos que compõem o instituto são os chamados direitos patrimoniais, isto é, aqueles de caráter econômico, capazes de garantir os interesses dos credores.

O conceito de universalidade de direito traz, ainda, a característica da unificação por força de lei. Isto é, cabe ao legislador, em abstrato, reconhecer e declarar a existência de um vínculo entre determinadas relações, atribuindo-lhes o sentido de universalidade. Questiona-se, nesse sentido, qual seria a razão motivadora da lei para a formação do patrimônio, ou melhor, qual seria o fim comum que leva à reunião das relações jurídicas de cunho econômico de uma pessoa³⁰. Tal finalidade é justamente a de “atender às necessidades econômicas dos sujeitos, que para tanto contraem obrigações (em sentido lato) e amealham direitos”, como bem observou Lucas Fajardo Nunes Hildebrand³¹.

Nesse ponto, verifica-se, novamente, a atribuição ao patrimônio, como categoria jurídica, do exercício da função de garantia dos credores, sendo este o fim econômico-social que promove a unificação dos direitos patrimoniais de uma pessoa e justifica a sua própria natureza de universalidade. Ressalte-se a observação de Ana Caroline Ceolin:

²⁹ Sobre o assunto, conferir: MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 218-220.

No mesmo sentido:

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 368. “À pessoa corresponde algo como sombra sobre os bens da vida, ainda que nada cubra essa sombra: é a sua esfera jurídica, como continente, na qual se hão de alojar os bens e talvez ainda não se aloje nenhum bem, exceto o que é ligado à personalidade mesma e não entra na definição de patrimônio. Patrimônio é o que seria essa sombra, menos o que não é patrimonial (vida, saúde, liberdade, etc.).”

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 245. “Segundo a noção corrente, patrimônio seria o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente”.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 177. “Podemos definir o patrimônio como o conjunto de relações jurídicas imputáveis a uma pessoa e passíveis de apreciação pecuniária”.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 187. “In senso giuridico, si chiama ‘patrimonio’ il complesso dei rapporti attivi e passivi, suscettibili di valutazione economica, facenti capo ad un soggetto”.

IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p. 1. “Secondo una prima definizione, largamente condivisa, il patrimonio è un complesso di diritti (o più precisamente di situazioni giuridiche soggettive attive) suscettibili di valutazione economica, la cui unitarietà è legata alla appartenenza ad uno stesso soggetto di diritto”.

³⁰ Conforme Pontes de Miranda, “o patrimônio apresenta certo grau de compactitude; é o fim, que o liga” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 369).

³¹ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. Patrimônio, patrimônio separado ou especial, patrimônio autônomo. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 263-279.

(...) a acepção jurídica de patrimônio encontra-se estritamente vinculada a essa função que o identifica à garantia dos credores. Tudo o que diz respeito ao patrimônio, enquanto categoria jurídica – seus elementos, suas qualidades intrínsecas e sua natureza –, é determinado por essa função que não pode ser prescindida, sob pena de desvirtuar-lhe de seus verdadeiros predicados. É correto, pois, afirmar que o Direito adotou uma concepção finalista de patrimônio que se encontra, inclusive, positivada no ordenamento brasileiro, como de resto em diversos países.³²

Para além da natureza de universalidade de direito, dos elementos de cunho econômico e da sua finalidade, também não se pode deixar de destacar que a atual concepção de patrimônio permanece atrelada à característica da pessoalidade. Mais uma vez, apesar de caber abstratamente à lei o reconhecimento da unificação das relações jurídicas economicamente apreciáveis de um sujeito, é de se notar que essa universalidade tem como pressuposto a existência, em concreto, de uma pessoa titular (ou pessoas titulares), que lhe atribua destinação. E, por ser o patrimônio composto por direitos, é o titular desses direitos que detém o poder de decidir quanto ao seu emprego e aplicação, ainda que dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico³³.

Disso não se pode concluir, todavia, pela unicidade do instituto ou mesmo pela sua intransmissibilidade. Ao invés, o fato de a titularidade ser pressuposto da existência do patrimônio não impede que uma mesma pessoa detenha mais de uma universalidade patrimonial³⁴, como ocorre na hipótese dos chamados patrimônios de afetação – tema que ainda será explorado no presente trabalho. Da mesma forma, esse caráter subjetivo do instituto em nada interfere na possibilidade de sua transmissão a terceiros, o que se observa no direito das sucessões.

É isto, inclusive, o que já defendia Pontes de Miranda: “Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos. Isso não quer dizer

³² CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 28.

³³ IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p. 1-2. “Sotto il profilo oggettivo, il riferimento ai diritti, piuttosto che alle cose, contiene già il segno di un’impostazione che tende a proiettare la nozione di patrimonio nella prospettiva di un titolare, colui che, avendone i poteri, decide in merito alla destinazione delle cose stesse e dunque al loro godimento, alla loro trasformazione, all’investimento, alla circolazione, conservazione e finanche alla loro distruzione. La dimensione oggettiva del patrimonio è dunque difficilmente scindibile dalla dimensione soggettiva, quella che, mediante la titolarità, conduce ad identificare il soggetto che ha il potere di decidere in merito alla destinazione dei beni, seppure nei limiti fissati dall’ordinamento”.

³⁴ A universalidade e a titularidade do patrimônio não significam a sua unicidade. Isto é, a unificação de relações jurídicas de um sujeito, pela atribuição de uma finalidade em comum, não significa dizer que o patrimônio é único ou que um sujeito somente pode titularizar uma única universalidade patrimonial.

que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os separados ou especiais”. E acrescentava o autor: “A morte do titular não extingue o patrimônio. Todo esse vai aos herdeiros”³⁵.

De todo o exposto, revelam-se os atributos essenciais do instituto do patrimônio: a sua natureza de universalidade jurídica; as relações jurídicas economicamente apreciáveis como seus elementos constitutivos; a sua finalidade econômico-social; e a imprescindibilidade de uma pessoa titular (ou pessoas titulares), admitindo-se, contudo, a pluralidade de patrimônios e a sua transmissibilidade.

2.1.3 O patrimônio de afetação e a possibilidade de separação patrimonial

Não obstante o berço do patrimônio se manter em um sujeito de direitos que o titularize (a personalidade jurídica)³⁶, verificou-se, nas linhas precedentes, que a sua conceituação não mais se baseia em critérios estritamente ligados à personalidade. Ao contrário do que previa a teoria clássica, o patrimônio deixou de ser tratado como uma emanção da pessoa, libertando-se dos parâmetros subjetivos que acompanharam o seu surgimento histórico.

Dentre as diversas decorrências de um pensamento mais objetivista acerca do instituto, destaca-se o abandono da ideia de unicidade para se admitir a pluralidade de patrimônios. Em outras palavras, tornou-se concebível a coexistência de mais de uma massa patrimonial na esfera de um mesmo sujeito³⁷.

A evolução do conceito de patrimônio se deu, principalmente, em razão da dissonância das concepções personalistas da teoria clássica com as situações fáticas existentes. O próprio ordenamento jurídico já previa institutos como a herança e o fideicomisso, que pressupunham, com efeito, a separação patrimonial³⁸. A pluralidade

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 368.

³⁶ GENY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. Paris, 1932, vol. 1, n. 67, p. 141-144 *apud* MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 229.

³⁷ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 96.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 377; CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 98-99.

era, portanto, uma decorrência lógica dos fatos sociais e jurídicos, que passou a ser abarcada pelo plano teórico à medida em que o estudo do patrimônio se desenvolveu e aperfeiçoou.

Surgiu, assim, a noção de patrimônio separado, também denominado de patrimônio especial e, mais recentemente, patrimônio de afetação. Cuida-se de fenômeno jurídico, que ocorre quando a lei destaca do patrimônio geral de uma pessoa um novo conjunto de relações jurídicas de caráter econômico, distinto e independente daquele, e o destina a um fim específico³⁹. Nos dizeres de Pontes de Miranda:

Além do patrimônio que abrange todos os direitos, pretensões, ações e exceções patrimoniais da pessoa, há os patrimônios separados, tal como a quota na herança, que se não “funde”, completamente, no patrimônio do herdeiro e fica como trecho de outro colorido no patrimônio do herdeiro e como a própria herança que se pode distinguir das quotas e dos patrimônios dos herdeiros.⁴⁰

A primeira observação que se extrai do conceito de patrimônio separado é a necessidade de autorização legal. A tradicional doutrina elucida que “só a lei pode separar patrimônios”⁴¹, e o faz ao submeter determinados núcleos patrimoniais a regime jurídico diverso, com direitos e obrigações próprios.

Ademais, a separação patrimonial se justifica na medida em que cada massa persegue uma finalidade distinta. Conforme as lições de Pontes de Miranda, “todo patrimônio especial tem um fim. Esse fim é que lhe traça a esfera própria, lhe cria a pele conceptual, capaz de armá-lo ainda quando nenhum elemento haja nele”⁴². É a sua destinação especial, portanto, que distingue o patrimônio separado do

³⁹ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 230-239; CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 99; FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade unipessoal no direito comunitário europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 173-203; VILLELA, João Baptista; GOMES, Elena de Carvalho. Os Patrimônios Separados no Estatuto Jurídico da Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 469-480.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 377.

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 368.

No mesmo sentido, CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 99. “A separação de patrimônios constitui um fenômeno eminentemente jurídico, dado que decorrente da lei. São as normas legais que, ao disciplinarem de modo diverso certas massas de bens, estabelecem a separação patrimonial”.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 379.

patrimônio geral de um sujeito – este, por sua vez, se destina a fins gerais, relacionados às necessidades econômicas ordinárias da pessoa⁴³.

Aliás, uma vez que se distinguem e se mantêm autônomos e independentes entre si, é possível estabelecer relações entre o patrimônio geral e os patrimônios especiais de um mesmo titular. Admite-se, por exemplo, que o herdeiro se torne devedor perante a herança, ao firmar negócios jurídicos com o espólio⁴⁴.

Tais características foram destrinchadas pela doutrina tradicional ao longo dos anos, buscando esclarecer e delimitar as primeiras hipóteses de separação patrimonial no direito pátrio. Todavia, conforme o fenômeno se desenvolveu, e passou a ser aplicado em diferentes contextos e em novas situações⁴⁵, evidenciaram-se diversos questionamentos, especialmente no tocante aos critérios utilizados para o reconhecimento dos patrimônios de afetação.

Consoante destaca Ana Caroline Ceolin, contemporaneamente, tais controvérsias permearam os trabalhos dos juristas estrangeiros, que ora defendem ser a destinação especial o fator determinante da separação patrimonial, ora afirmam ser a limitação de responsabilidade esse elemento de identificação do patrimônio afetado. Trazendo a temática para a realidade brasileira, a autora aponta que, em verdade, ambos os critérios são fundamentais e devem ser conjugados⁴⁶.

Por um lado, a limitação da responsabilidade do titular, de fato, atua como causa ou razão jurídica do patrimônio de afetação, tendo em vista que se sujeita a débitos e obrigações próprios, distintos do patrimônio geral da pessoa. A separação patrimonial, nesse sentido, visa à restrição da garantia dos credores àquele núcleo patrimonial destacado, preservando, assim, o patrimônio geral do devedor.

Por outro lado, em consonância com os ensinamentos de Pontes de Miranda, não se pode olvidar que todo patrimônio especial é afetado a um fim que justifique a sua formação. Dito de outro modo, a destinação especial é o que fundamenta o emprego da limitação da responsabilidade, autorizando o fracionamento

⁴³ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. Patrimônio, patrimônio separado ou especial, patrimônio autônomo. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 263-279.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V, p. 381.

⁴⁵ Por exemplo, o emprego da afetação patrimonial para o financiamento de incorporações imobiliárias ou, ainda, como técnica para a limitação da responsabilidade de empresários individuais.

⁴⁶ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 141-142.

do patrimônio do devedor e a conseqüente restrição da garantia dos credores. Nas palavras de Ceolin:

Embora se entenda que a função de limitar a responsabilidade do devedor constitui o fundamento jurídico do patrimônio separado, deve-se igualmente considerá-la insuficiente para determinar, por si só, a configuração desse novel instituto. Por consistir em mera técnica jurídica que não apresenta um fim em si mesma, a limitação de responsabilidade encontra-se, por sua vez, predisposta à obtenção de um escopo determinado em lei. Ela só pode ser franqueada aos indivíduos, na medida em que visa à consecução de um objetivo socialmente útil, que justifique o abrandamento da força coercitiva de que se reveste o princípio segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens pelo cumprimento de suas obrigações. É o que os autores denominam de destinação especial do patrimônio separado.⁴⁷

De todo o exposto, conclui-se que não mais se questiona a possibilidade de separação patrimonial e da pluralidade de massas patrimoniais na esfera de um mesmo sujeito. Trata-se, como visto, de uma decorrência da própria evolução das teorias do patrimônio na busca pela regulação dos fatos sociais. Os chamados patrimônios de afetação são, assim, amplamente aceitos pelos diversos sistemas jurídicos da atualidade, podendo ser instituídos pelo legislador para a consecução de diferentes fins especiais. Cite-se, por exemplo, a finalidade de liquidação, que promove a formação da herança e da massa falida; a busca por maior segurança, como ocorre no caso das incorporações imobiliárias; ou, ainda, os fins de gestão e investimento, presentes na instituição dos “trusts”, típicos do direito anglo-saxão.

2.1.4 As funções do patrimônio

Analisados o conceito de patrimônio, seus elementos e características, bem como a sua evolução no decorrer do tempo, cumpre, agora, perquirir sobre quais as funções atribuídas ao instituto, que respaldam a sua aplicação na contemporaneidade. A partir do estudo doutrinário, observa-se a menção a inúmeras funções do patrimônio, o que se justifica, evidentemente, pela sua relevância em diversos ramos do Direito.

Buscando focar na seara do Direito Privado, na qual se insere o presente trabalho, é possível citar, como exemplo, a função de produção, mencionada por João

⁴⁷ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 129.

Pedro Scalzilli, na medida em que o patrimônio atua como base para a exploração de atividade econômica. Afinal, é por meio do emprego dos recursos patrimoniais que os sujeitos podem extrair, produzir, transformar e promover a distribuição de bens e serviços⁴⁸.

No mesmo contexto, também se destaca a função de subsistência atribuída ao patrimônio no sentido de assegurar os meios de sobrevivência ao seu titular, conforme registra Ana Caroline Ceolin. Tal escopo, segundo ressalta a autora, surge do processo de humanização do vínculo obrigacional que, além de determinar que a execução promovida pelo credor deve recair sobre os bens do devedor, impõe certas limitações às medidas executórias em respeito à dignidade da pessoa humana⁴⁹.

Sobre o assunto, não se pode deixar de mencionar a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, desenvolvida por Luiz Edson Fachin, no sentido de ser devido resguardar um mínimo patrimonial voltado para a subsistência da pessoa, como forma de garantir-lhe a sua dignidade, em observância à ordem constitucional vigente⁵⁰. É o que se observa das regras de impenhorabilidade de bens, que limitam o processo de execução.

Ainda, merece destaque a função de controle, mencionada pela autora italiana, Paola Iamicelli, ao enquadrar o patrimônio como um centro de agregação de poderes. Em se tratando de um complexo de direitos, o patrimônio concede ao seu titular o poder de decidir quanto ao emprego de seus recursos de maneira coordenada, o que somente é possível pela formação da universalidade patrimonial. Nas palavras da autora:

Geralmente, o jurista é levado a responder à necessidade de qualificar interesses semelhantes, colocando em questão os direitos, entendidos como direitos individuais. Na diversa perspectiva do patrimônio, esses mesmos direitos adquirem maior importância, porque se tornam elementos de uma estrutura de tomada de decisão capaz de coordená-los e direcionar seu exercício segundo critérios determinados. Nesse sentido, pode-se atribuir à noção de patrimônio uma função específica, referente ao controle dos

⁴⁸ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 28.

⁴⁹ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 28-30.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

recursos, que não pode ser adequadamente estendida aos direitos considerados individualmente.⁵¹

Assim, ao unificar as relações jurídicas de uma pessoa em uma verdadeira estrutura de tomada de decisão, o patrimônio assume a função de controle, permitindo que o seu titular lhe atribua destinação conjunta, em conformidade com os seus interesses.

Certamente, o instituto do patrimônio goza de diversas outras atribuições, para além das mencionadas, sendo estas apenas um espectro exemplificativo que se coaduna com o estudo desenvolvido neste trabalho. Não obstante, é inquestionável a existência de uma função precípua, citada em unanimidade pela doutrina nacional e estrangeira, e responsável, inclusive, pela consolidação do patrimônio como categoria jurídica. Trata-se da função de garantia.

Como exposto anteriormente, a função de garantia está presente em todos os âmbitos da temática patrimonial, desde o surgimento do instituto em substituição à responsabilidade pessoal e à execução corporal, perpassando pela sua natureza jurídica de universalidade de direito, suas características e elementos suscetíveis de valoração econômica, até a possibilidade de sua destinação especial, a fim de limitar a responsabilidade do titular.

Para Ana Caroline Ceolin, essa função corresponde à forma encontrada pelo ordenamento para compelir os cidadãos a cumprirem os seus compromissos, sem que, para tanto, seja necessário o emprego de medidas pessoais, incompatíveis com as premissas basilares dos direitos humanos. Assim, o patrimônio se incumbe de assegurar o adimplemento das obrigações contraídas pelo devedor, garantindo aos credores a satisfação de seus direitos⁵².

Vale ressaltar que essa garantia produz seus efeitos em três momentos distintos, conforme elucida Paola Iamicelli: não apenas por ocasião do inadimplemento, quando o credor pode executar o patrimônio do devedor; mas também no curso da relação firmada entre eles, pela proteção legal conferida ao

⁵¹ No original: "Solitamente, il giurista à portato a rispondere all'esigenza di qualificare simili interessi chiamando in causa i diritti, intesi come diritti singoli. Nella diversa prospettiva del patrimonio, quegli stessi diritti acquistano un rilievo ulteriore, perché diventano elementi di una struttura decisionale in grado di coordinarli e indirizzarne l'esercizio secondo criteri determinati. In tal senso alla nozione di patrimonio à possibile attribuire una funzione specifica, concernente il controllo delle risorse, non propriamente estendibile ai diritti singolarmente considerati" (IAMICELLI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p. 5).

⁵² CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a Ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 25-28.

interesse do credor na conservação da garantia patrimonial; e até mesmo antes de se estabelecer qualquer vínculo obrigacional, tendo em vista que o legislador busca sempre preservar a manutenção de uma parcela mínima dessa garantia⁵³.

Como exemplo dessa última hipótese, a autora italiana cita a disciplina do capital social no direito das sociedades⁵⁴. Nesse sentido, observa-se que a função do capital social se coaduna com a finalidade de proteção dos interesses dos credores, os quais têm no valor declarado no contrato ou estatuto social a medida de sua garantia⁵⁵.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, ao analisar a temática no âmbito do direito societário, João Pedro Scalzilli se refere ao patrimônio e ao capital social como as garantias direta e indireta dos credores, respectivamente. Segundo ele, “é o patrimônio a garantia direta dos credores, pois sobre o patrimônio recai o direito geral de execução dos credores”. E complementa, “qualquer bem componente do

⁵³ IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p. 109-110. “Tale garanzia è destinata ad operare non solo al momento dell'inadempimento (nel caso in cui si verifichi), quando cioè il creditore, munito di titolo esecutivo, sai legittimato ad intraprendere l'esecuzione sul patrimonio del debitore, ma anche nel corso del rapporto, quando il legislatore salvaguarda l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale e, in alcuni casi, addirittura in vista del rapporto, là dove la legge intende assicurare la sussistenza di uma (mínima) garanzia patrimoniale (si pensi alla disciplina del capitale nel diritto delle società)”.

⁵⁴ IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p. 115.

⁵⁵ É importante notar que o capital social não se confunde com o patrimônio. Trata-se, com efeito, do montante de contribuição dos sócios declarado nos atos constitutivos da sociedade. Nesse sentido, enquanto o patrimônio varia ao longo da realização das atividades sociais, o capital permanece estático, pois representa a cifra contábil dos aportes realizados pelos sócios para a formação da sociedade. Nesse sentido:

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13-14. “Ao contrário do patrimônio, sujeito a um contínuo processo de modificação, o capital social caracteriza-se pela fixidez; formado com as contribuições dos sócios, por ocasião da constituição da sociedade e ao longo da existência desta, e integrado, também pelas reservas geradas internamente pela empresa, é representado por uma cifra constante do estatuto (Lei n. 6.404/76, art. 5º) ou consignada, mediante averbação, no registro do comércio (art. 166, § 1º), cifra essa somente alterável nas hipóteses minuciosamente disciplinadas em lei”.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*. 8. ed. rev. ampl. Milano: Giuffrè, 1950, v. 4, p. 409. “(...) il capitale è un'espressione di valore monetario, cui non necessariamente corrispondono beni reali; invece, di beni reali (e anche di crediti) si compone sempre il patrimonio. Pertanto, il capitale è una specie di simbolo, che serve a indicare ai terzi l'entità (espressa in moneta) del patrimonio iniziale della società; ma i conferimenti dei soci, appena acquisiti alla società, si convertono, di regola, in patrimonio”.

Sobre o assunto, conferir ainda: DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do Capital Social: noção, princípios e funções*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 43-44; LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 2, p. 25; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 324-325; VIVANTE, Cesare. *Tratatto di diritto commerciale*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1929, v. II, p. 192-193.

patrimônio, não importa a época de seu ingresso no mesmo, responde por todos os débitos, independentemente do tempo de sua constituição”⁵⁶.

Já o capital social representa, na visão do autor, a garantia indireta dos credores “na medida em que esse instituto consiste em uma utilíssima ferramenta de controle do patrimônio contra a ação dos próprios sócios e administradores”⁵⁷.

A partir da compreensão de que o patrimônio do devedor representa a garantia direta dos credores, o Direito Societário se depara com a questão acerca da mutabilidade dessa garantia, uma vez que o patrimônio sofre variações ao longo da vida da sociedade e do desenvolvimento de suas atividades econômicas. Diante disso, o capital social é instituído justamente para tutelar os interesses de terceiros em detrimento das alterações patrimoniais.

Sobre o tema, são imprescindíveis as lições de Tullio Ascarelli:

O capital é, porém, um “índice” do patrimônio líquido social. Interessa aos credores atuais da sociedade pois que indica-lhes ter a sociedade, um ativo superior ao seu passivo, podendo, por isso, satisfazer as suas dívidas mesmo que o valor do ativo venha a diminuir; interessa aos que venham a ser credores da sociedade indicando-lhes a solvabilidade desta; interessa aos adquirentes de ações, porque constitui um índice do patrimônio líquido social ao qual passam a participar adquirindo as ações. Visa portanto, de um lado, o direito tutelar os credores na hipótese de uma diminuição do patrimônio consequente à redução do capital social; de outro lado, fazer com que o patrimônio líquido da sociedade não seja inferior ao capital, procurando, portanto no interesse geral dos terceiros – credores ou compradores das ações – seja ele efetivamente constituído e fique subsistente; é à vista destas normas que o capital constitui a garantia dos terceiros.⁵⁸

Com efeito, é em razão dessa função de garantia que o ordenamento jurídico estabelece normas para tutelar a integridade do capital social, seja no momento da constituição das sociedades ou no decorrer do exercício de suas atividades. A título de exemplo, destacam-se as regras quanto à integralização do capital subscrito e aquelas que determinam a sua intangibilidade⁵⁹.

⁵⁶ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 33-34.

⁵⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 36.

⁵⁸ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 324-325.

⁵⁹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 328-330; SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 37-43.

Observe-se, ademais, que, por zelarem pelos interesses de terceiros, as normas que disciplinam o capital social possuem força cogente e o seu descumprimento pode acarretar responsabilização penal⁶⁰. Ou seja, tamanha a importância da função de garantia exercida pelo instituto do patrimônio, que o ordenamento, além de estabelecer o capital social como mecanismo de tutela, fixa normas para assegurar a sua integridade e, ainda, determina a eventual imposição de sanção penal em caso de violação.

Para além do capital social, o direito empresarial prevê um outro sistema de proteção das funções do patrimônio – especialmente a função de garantia –, representado pelo mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, é precisa a observação de Scalzilli ao afirmar que, enquanto o capital social representa um sistema preventivo de defesa do patrimônio das sociedades, a teoria da desconsideração traduz uma tutela repressiva⁶¹.

Compreender as funções do patrimônio e a necessidade de se garantir o seu cumprimento é, portanto, imprescindível para o estudo dos fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica, notadamente o da confusão patrimonial.

2.2 Autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade no campo societário

2.2.1 A limitação da responsabilidade e o cálculo do risco empresarial

A evolução das relações obrigacionais e dos procedimentos executórios promoveu o deslocamento da responsabilidade sobre a pessoa do devedor para a sua esfera econômica. A despersonalização do vínculo obrigacional foi fundamental para o desenvolvimento do instituto do patrimônio, que passou a ocupar a função de garantia dos credores, anteriormente exercida pelo corpo e pela liberdade do devedor.

⁶⁰ Código Penal, art. 177, §1º, VI. Nesse sentido: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 331; SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 43-44.

⁶¹ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 44.

Surgiu, assim, a responsabilidade patrimonial, atualmente consolidada pelos diversos sistemas jurídicos.

Justamente em razão da necessidade de se asseverar a devida satisfação dos credores, a responsabilidade patrimonial é pautada no princípio segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens pelo cumprimento de suas obrigações. Isto é, a regra é a chamada responsabilidade ilimitada, extraída, no ordenamento brasileiro, dos arts. 391 do Código Civil e 789 do Código de Processo Civil:

CC, art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

CPC, art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Da própria redação do dispositivo processual civil, observa-se, todavia, a possibilidade de se estabelecer exceções mediante previsão legal. Em outras palavras, podem existir hipóteses específicas em que a ordem jurídica limita a responsabilidade do devedor, determinando que somente uma parte de seus bens se submeterá ao poder de execução do credor⁶².

A limitação da responsabilidade patrimonial é tema corrente do Direito Empresarial, ocupando um importante papel histórico e econômico no desenvolvimento da civilização. Conforme destacaram Henry Hansmann e Reinier Kraakman, constitui uma das características básicas que compõem o núcleo comum do direito societário das diversas jurisdições, tendo em conta as exigências do modelo contemporâneo de negócios de larga escala⁶³.

Após a consolidação jurídica do patrimônio e o crescimento do comércio, o funcionamento do mercado passou a se basear em uma constante ponderação de custos e benefícios, haja vista a eventualidade de uma responsabilização pecuniária. Com efeito, o exercício da atividade econômica é permeado pelos riscos de insucesso dos empreendimentos e suas consequentes perdas patrimoniais.

⁶² MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 19-20. “Não obstante, setores há de atividade, no campo da economia, em que a aplicação do princípio [da responsabilidade ilimitada] deve sofrer atenuações, sob pena de entrave ao progresso dos empreendimentos humanos”.

⁶³ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. What is Corporate Law? *Yale Law & Economics Research Paper* n. 300. Feb. 25, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=568623>>. Acesso em 25 de maio de 2020. “(...) there are five of these characteristics, most of which will be easily recognizable to anyone familiar with business affairs. They are: legal personality, limited liability, transferable shares, delegated management under a board structure, and investor ownership. These characteristics are—for reasons we will explore—induced by the economic exigencies of the large modern business enterprise. Thus, corporate law everywhere must, of necessity, provide for them”.

A limitação da responsabilidade se insere nesse contexto com a finalidade de permitir o cálculo do risco empresarial e resguardar o capital dos agentes atuantes no mercado, exercendo o que Leonardo Parentoni denominou de função macroeconômica. Assim explica o autor:

A limitação de responsabilidade desempenha papel fundamental, pois propicia ao interessado a possibilidade de saber, de antemão, qual será o limite de suas perdas em caso de insucesso do empreendimento, ao invés de comprometer todo o seu patrimônio. Em outras palavras, quem exerce qualquer atividade amparado pela limitação de responsabilidade (mesmo nas chamadas “atividades de risco”) sabe antecipadamente o montante que será perdido em caso de insucesso, podendo decidir se vale a pena ou não correr o risco.⁶⁴

Na mesma perspectiva, Henry Hansmann e Reinier Kraakman se referem à responsabilidade limitada como sendo uma técnica de “separação patrimonial defensiva”, na medida em que atua protegendo os ativos individuais dos investidores, que somente responderão perante seus credores pessoais, permanecendo intactos em relação às dívidas decorrentes da atividade empresarial. Ademais, para os autores, tal mecanismo permite uma maior flexibilidade na alocação dos riscos, reduz os custos de transação e estabiliza o preço das ações no mercado⁶⁵.

Desse modo, não há como negar a relevância desse mecanismo para o desenvolvimento econômico e social, uma vez que propicia um cenário de maior previsibilidade e segurança jurídica, fomentando e atraindo investimentos. Sobre o assunto, também se destacam as lições de Marcelo Féres:

Resta patente, portanto, que a limitação da responsabilidade patrimonial tem um importante papel no mercado. Fazendo-se uma análise econômica, pode-

⁶⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 39.

⁶⁵ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. What is Corporate Law? *Yale Law & Economics Research Paper* n. 300. Feb. 25, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=568623>>. Acesso em 25 de maio de 2020.

Em artigo posterior, publicado em conjunto com outros dois autores, Hansmann e Kraakman reafirmam e complementam a importância da limitação da responsabilidade para o cálculo do risco empresarial e a consequente redução dos custos de capital: ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner; PARGENDLER, Mariana. Foundations of Corporate Law. *European Corporate Governance Institute – ECGI. Law Working Paper* n. 336. January. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2906054>>. Acesso em 23 de dezembro de 2019. “Limited liability shields the firm’s owners—the shareholders—from creditors’ claims. Importantly, this facilitates diversification. With unlimited liability, the downside risk borne by shareholders depends on the way the business is carried on. Shareholders will therefore generally prefer to be actively involved in the running of the business, to keep this risk under control. This need to be ‘hands-on’ makes investing in multiple businesses difficult. Limited liability, by contrast, imposes a finite cap on downside losses, making it feasible for shareholders to diversify their holdings. It lowers the aggregate risk of shareholders’ portfolios, reducing the risk premium they will demand, and so lowers the firm’s cost of equity capital”.

se dizer que, quando o empresário tem sua responsabilidade limitada, ou seja, quando ele tem controle de seus riscos, o produto de sua atividade torna-se menos oneroso ao mercado. Atividades de alto grau de risco demandam maior remuneração, o que repercute no elevado preço de produtos e serviços. Ademais, a limitação da responsabilidade concorre para que haja constantes investimentos em atividades econômicas, isto é, coopera para o progresso.⁶⁶

A busca pela proteção do patrimônio no exercício das atividades econômicas não é novidade do mundo contemporâneo. Historicamente, as formas de limitação da responsabilidade podem ser observadas desde o Direito Romano, notadamente no campo societário.

Na Roma Antiga, era reconhecida a figura da *societas*, “espécie de comunhão que se formava entre empreendedores para o exercício de uma atividade econômica”⁶⁷, caracterizada por possuir somente eficácia interna, não produzindo efeitos perante terceiros⁶⁸. Nesse sentido, para se relacionarem externamente, os sócios precisavam agir em nome próprio, adquirindo direitos e contraindo obrigações em prol da sociedade por meio de suas pessoas físicas⁶⁹. “Os terceiros ignoravam a existência da sociedade (ou para eles ela era irrelevante), pois que o único que se obrigava era aquele que se apresentava para a contratação”, como esclarece Scalzilli⁷⁰.

Em razão disso, os sócios que não se dedicavam à gestão e não se revelavam para os negócios não assumiam responsabilidade pelas dívidas sociais. Estas ficavam restritas aos chamados sócios administradores, que, por sua vez, respondiam de maneira pessoal e ilimitada perante os terceiros. Também em virtude da irrelevância externa das *societas*, somente os sócios administradores dispunham de todo o fundo social, agindo como se dele fossem verdadeiros proprietários e

⁶⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade unipessoal no direito comunitário europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 173-203.

⁶⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

⁶⁸ 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. 27-33.

⁶⁹ 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. 31. “Os sócios contratavam em nome próprio, assumindo posições ativas e passivas que integravam suas próprias esferas jurídicas”.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 574. “Em vista disso, não se configuravam, no direito romano, obrigações entre, de um lado, a *societas* (sociedade), e, de outro, os terceiros, mas entre estes e o sócio com quem realizavam negócios.”.

⁷⁰ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 65.

usufruindo diretamente dos resultados dos empreendimentos. Em contrapartida, os sócios não gestores, por não praticarem atos de disposição patrimonial, remanesciam como meros titulares de direito de crédito em relação aos proveitos auferidos pela sociedade⁷¹.

Essa mesma conformação pôde ser observada durante a Idade Média, período em que tiveram origem as conhecidas sociedades em comandita⁷². Em síntese, conforme elucidou Leonardo Parentoni, “a responsabilidade pelo exercício da empresa era determinada de acordo com a natureza dos direitos de cada sócio em relação ao patrimônio social”⁷³. A classe de sócios que se beneficiava diretamente do fundo comum, comportando-se como titular de direito real sobre os bens da sociedade, respondia ilimitadamente perante terceiros; enquanto aqueles sócios que detinham apenas direitos de crédito sobre os ganhos, tinham a sua responsabilidade limitada ao valor inicialmente vertido ao patrimônio social.

Veja-se, portanto, que desde o Direito Romano já existiam formas de limitação da responsabilidade, que decorriam da condição de determinados sócios de figurarem como meros credores dos resultados da empresa⁷⁴. Tal constatação é fundamental para se compreender o funcionamento, bem como os requisitos

⁷¹ 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. 29-33; GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del Diritto Commerciale*. Tradução: Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 201.

Sobre o funcionamento da *societas*, recomenda-se, ainda: SALOMÃO FILHO, Calixto. “Societas” com Relevância Externa e Personalidade Jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 81, janeiro/março de 1991, p. 67-72; FERREIRA, Waldemar. *Tratado das Sociedades Mercantis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958, v. 1, p. 112 e ss.

⁷² 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. 80-81: “Especialmente durante a Baixa Idade Média, os elevados riscos experimentados pelos comerciantes e a necessidade de captar investimentos condicionados à sua mitigação determinaram o exercício da expandida autonomia privada da época para, a partir da estrutura básica das companhias, criar novo tipo societário (i.e., as sociedades em comandita) em que um ou alguns dos sócios (i.e., os comanditários) eram titulares de direitos de crédito sobre os resultados da empresa, enquanto outros remanesciam como proprietários dos resultados e do patrimônio dedicado à atividade (comanditados). A despeito de serem sócios, a redução dos interesses patrimoniais dos comanditários à natureza de crédito foi capaz de equipará-los – ressalvada a satisfação eventual de seus direitos – aos demais credores da sociedade para os fins de responsabilidade. Como credores, seria injustificado que respondessem, para além da não satisfação dos seus direitos de crédito e do perdimento das entradas fundantes de tais direitos, também com seu patrimônio pessoal”.

⁷³ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 23.

⁷⁴ 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. 83.

necessários e distintivos dessas hipóteses de limitação em comparação com outros institutos, como será visto a seguir.

2.2.2 Personalidade jurídica: uma técnica de separação patrimonial

Seguindo a análise histórica de desenvolvimento das sociedades, observa-se que o crescimento das formas associativas, aliado à necessidade de captar recursos e à sua organização cada vez mais arrojada, levaram ao surgimento das primeiras companhias. Paulatinamente, os sócios administradores foram sendo mais fiscalizados e, seus poderes, relativizados. Com a criação da Companhia das Índias Ocidentais, aqueles que antes eram tidos como “donos” da sociedade, passaram a responder aos demais acionistas como seus mandatários, instituindo-se uma espécie de “administração por representação”⁷⁵.

Os sócios gestores foram proibidos de contratar e assumir obrigações em nome próprio, extinguindo-se os direitos reais que possuíam sobre o fundo social. Assim como os demais membros da companhia, suas prerrogativas ficaram restritas à mera participação nos resultados da empresa, ostentando a condição de credores, o que, por consequência, eliminou a sua responsabilização perante terceiros⁷⁶. Nesse sentido, esclarece Parentoni:

Na Companhia das Índias Ocidentais todos os membros do quadro societário tornaram-se meros titulares de direito de crédito sobre o resultado da empresa. Sócio ou administrador algum possuía direito real sobre o patrimônio da Companhia. Tanto assim que mesmo os sócios que exerciam a função de administrador passaram a agir não mais como gestores de propriedade que lhes pertencia, mas como simples credores de empreendimento formado por aportes de capital, diversos de seu patrimônio particular e cuja movimentação deveria observar certas formalidades, para fins de controle (...).⁷⁷

Desse modo, é possível afirmar que a consolidação da limitação de responsabilidade ocorreu com o advento das primeiras sociedades anônimas. Entretanto, a ausência de sócios detentores de direitos reais sobre os haveres da

⁷⁵ 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. 89 e 95.

⁷⁶ 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. 94.

⁷⁷ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 24.

companhia acarretou em um impasse quanto à titularidade do patrimônio comum: afinal, se todos os acionistas (administradores ou não) transferissem o domínio de seus aportes para a formação do capital social, em troca de ações, quem iria titularizar esse patrimônio? Ou melhor, qual seria o sujeito que figuraria como adquirente nessa transmissão de propriedade?⁷⁸

É importante lembrar, a esse respeito, que, desde aquele período, já não se concebia o patrimônio de maneira apartada de uma pessoa titular, entendimento que prevalece até os dias atuais. Mesmo que o instituto não seja mais considerado uma emanção da personalidade, ele possui como pressuposto a existência de um sujeito que lhe atribua destinação.

Dessa forma, justamente em razão de não se admitir a possibilidade de patrimônios sem sujeito, a limitação da responsabilidade dos acionistas das recém-criadas companhias deu origem a um problema quanto à subjetividade. A natureza meramente creditória dos direitos dos sócios, por meio da alienação de seus direitos reais sobre as entradas de capital para a sociedade, gerou uma lacuna na titularidade sobre o patrimônio social. A solução veio, portanto, com a criação das pessoas jurídicas, como revelou Warde Jr.: “Não por coincidência, apenas no século XVII, época em que surgem as primeiras sociedades por ações, a palavra ‘pessoa’ seria empregada para designar e atribuir capacidade jurídica a entes não humanos”⁷⁹.

Em suma, o surgimento da noção de pessoa jurídica, pelo menos no âmbito do Direito Privado⁸⁰, ocorreu em resposta à “vacuidade subjetiva” observada nas primeiras sociedades por ações⁸¹. A atribuição de personalidade à companhia permitiu, assim, que ela adquirisse os direitos reais sobre o capital aportado pelos acionistas, titularizando o patrimônio social, a ser destinado para o exercício da atividade econômica.

As primeiras teorias sobre a pessoa jurídica, porém, somente foram desenvolvidas a partir do século XIX, quando já se estabelecia uma ordem voltada

⁷⁸ 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. 99-100.

⁷⁹ 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. 101.

⁸⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33. “Antes, em regra, a ideia de personalidade jurídica restringia-se ao ambiente do Estado, isto é, às pessoas jurídicas de direito público. Até então, não havia nos negócios societários o caráter permanente, indissociável da noção de pessoa”.

⁸¹ 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. 99-100.

para a existência de sujeitos de direito. A doutrina aponta diversas vertentes para o conceito de pessoa jurídica, desde as correntes individualistas, dentre as quais se destaca a teoria da ficção legal de Savigny, passando pelas teses coletivistas, como é o caso da teoria institucionalista, até as doutrinas normativistas⁸².

Para o presente estudo, em que pese a relevância da análise histórica e evolutiva dessas teorias, é primordial que se atente para o fato de que a personificação faz nascer um centro autônomo de imputação de direitos e obrigações, capaz de adquirir e exercer direitos reais sobre o patrimônio social e contrair dívidas próprias.

A pessoa jurídica é, assim, um ente distinto de seus membros e administradores e detentor de um patrimônio igualmente autônomo em relação ao de seus instituidores. Afinal, no momento em que os sócios transferem as entradas de capital para a pessoa jurídica, estas deixam de integrar o patrimônio pessoal de cada sócio e passam a pertencer ao patrimônio social, de titularidade exclusiva da sociedade personificada⁸³.

Veja-se que, o que garante essa transferência de direitos reais para a esfera da companhia, é exatamente a existência de um ente dotado de personalidade e, conseqüentemente, de um patrimônio autônomo⁸⁴. É por esse motivo que a doutrina afirma que a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial⁸⁵.

Sobre o assunto, destacam-se as lições dos autores Henry Hansmann e Reinier Kraakman:

As an economic entity, a firm fundamentally serves as a nexus of contracts: a single contracting party that coordinates the activities of suppliers of inputs and of consumers of products and services. The first and most important

⁸² Para o estudo da evolução das teorias da pessoa jurídica, sugere-se: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁸³ É importante deixar claro que, por óbvio, nem toda sociedade é personificada – questão que ainda será melhor analisada. É que o foco, nesse momento do presente estudo, são as pessoas jurídicas de direito privado.

⁸⁴ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 60. “Isso porque não há como conceber um novo sujeito de direito com ampla e plena capacidade de atuação que seja desprovido de um patrimônio autônomo apto a respaldar o seu agir no mundo jurídico”.

⁸⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 302; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 299 e 305; SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 60.

contribution of corporate law, as of other forms of organizational law, is to permit a firm to serve this role by providing for the creation of a legal person – a contracting party distinct from the various individuals who own or manage the firm, or are suppliers or customers of the firm. The core element of legal personality (as we use the term here) is what the civil law refers to as ‘separate patrimony.’ This is the ability of the firm to own assets that are distinct from the property of other persons, such as the firm’s investors, and that the firm is free not only to use and sell but – most importantly – pledge to creditors.⁸⁶

A partir do entendimento de que a personificação promove a separação patrimonial entre os sócios e a sociedade, conseqüentemente, ela também permite a transferência de direitos reais para a pessoa jurídica, de modo que seus membros se tornem meros participantes dos resultados da empresa. Afirma-se, portanto, que a autonomia patrimonial decorrente da personificação, pelo menos em regra, é fator fundamental para viabilizar a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital inicialmente investido, garantindo-lhes a condição de simples credores sociais⁸⁷.

Antes de prosseguir, deve-se ressaltar, contudo, que o fato de a concepção de pessoa jurídica ter a sua origem relacionada à limitação da responsabilidade fez com que os dois institutos fossem, durante muito tempo, tratados como sinônimos e confundidos entre si. Contudo, como apenas visto, tal conclusão não pode ser logicamente admitida⁸⁸.

⁸⁶ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. What is Corporate Law? *Yale Law & Economics Research Paper* n. 300. Feb. 25, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=568623>>. Acesso em 25 de maio de 2020. “Como entidade econômica, a sociedade atua fundamentalmente como uma conexão entre contratos: um único contratante que coordena as atividades dos fornecedores de insumos e dos consumidores de produtos e serviços. A primeira e mais importante contribuição do direito societário, em relação a outras formas organizacionais, é permitir que uma sociedade desempenhe esse papel ao proporcionar a criação de uma pessoa jurídica – uma parte contratante distinta de seus titulares e administradores, bem como de seus fornecedores ou clientes. O elemento central da personalidade jurídica é o que o Direito Civil se refere como ‘patrimônio separado’. Esta é a capacidade da sociedade de possuir ativos que são distintos da propriedade de outras pessoas, como os seus investidores, e em relação aos quais a sociedade é livre não apenas para usar e alienar, mas – o mais importante – disponibilizá-los como garantia aos seus credores” (tradução nossa).

⁸⁷ Nesse sentido: MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 272; PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13.

O mesmo raciocínio é aplicado às chamadas sociedades limitadas ou por quotas, que surgiram posteriormente às companhias como forma de se ampliar a garantia da limitação de responsabilidade para hipóteses de estrutura mais simples. Sobre o assunto, conferir: PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 33.

⁸⁸ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 27. “(...) no Brasil – como em vários outros países – a personalidade jurídica é apenas um dos instrumentos que permite alcançar a limitação de responsabilidade dos sócios. Não

Enquanto a limitação da reponsabilidade decorre da natureza creditícia dos direitos dos sócios sobre o resultado da empresa (bem como dos fundamentos econômicos para o cálculo do risco da atividade), a personificação, por seu turno, representa a criação de um centro autônomo de imputação, garantindo a separação patrimonial entre a sociedade e seus membros, e, assim, emergindo como uma solução técnica para a renúncia aos direitos reais sobre as entradas de capital. Nas palavras de Warde Jr.:

As imposições do capitalismo liberal determinariam o aparecimento do conceito de pessoa jurídica, cuja função não seria dar causa à limitação da responsabilidade dos sócios, mas prover solução para um problema técnico que – aos olhos dos juristas da época – inviabilizava, em face de cambiantes concepções de direito, a criação e o desenvolvimento das modernas formas societárias de organização da empresa.⁸⁹

Para os autores John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman e Mariana Pargendler, a diferença entre os dois mecanismos pode ser assim resumida: de um lado, a responsabilidade limitada busca resguardar o patrimônio pessoal dos membros da pessoa jurídica, funcionando como uma “blindagem do proprietário” (tradução livre da expressão *owner shielding*); de outro lado, a personalidade jurídica se volta para a proteção dos ativos da sociedade em relação aos credores pessoais dos sócios, servindo, portanto, como uma “blindagem da entidade” (tradução livre de *entity shielding*). Assim, constituem formas distintas de proteção de ativos que, como

é, porém, o único. Há outros institutos que também conferem essa limitação sem que seja necessário, para tanto, constituir sociedade personificada”.

BLUMBERG, Phillip. Limited Liability and Corporate Groups. 1986. University of Connecticut School of Law. *Faculty Articles and Papers*. 28. Disponível em: <https://opencommons.uconn.edu/law_papers/28>. Acesso em 24 de abril de 2020. “The traditional view of the corporation in Anglo-American law, as well as in other Western legal systems, has firmly embraced entity law: the concept that a corporation is a separate legal person with its own rights and obligations, distinct from those of its shareholders. The concept of the corporation as a separate legal entity ultimately led to the acceptance of the very different doctrine of limited liability: the rule that shareholders are not liable for the obligations of the corporation beyond their capital investment. Despite widespread confusion on the matter, it is clear that the entity view of the corporation rests essentially on philosophical notions and that this view was firmly established well before acceptance of the principle of limited liability. Limited liability emerged at a much later stage in the development of the corporation. It arose in the wake of the acceptance of the entity concept, but not as a necessary consequence”.

No mesmo sentido: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner H.; SQUIRE, Richard C. Law and the Rise of the Firm. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 326. January, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em 24 de abril de 2020.

⁸⁹ 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. 100.

se verá, quando somadas, garantem a real separação e autonomia patrimonial entre os entes, permitindo o cálculo do risco empresarial e a redução dos custos de capital⁹⁰.

De todo o exposto, em síntese, sucedem duas conclusões importantes: a pessoa jurídica, ao funcionar como técnica de separação patrimonial, possibilita a transferência da titularidade de capital dos sócios para a sociedade e, assim, abre espaço para a adoção da limitação de responsabilidade patrimonial nas formas associativas; entretanto, a aquisição de personalidade jurídica não pode ser confundida com a limitação de responsabilidade, nem mesmo com a sua causa, bastando lembrar que esta já era aplicada quando a personificação de entes não humanos não era sequer admitida.

2.2.3 Autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade

A atribuição de personalidade jurídica, por meio da criação de um centro de imputação autônomo e distinto de seus sócios, não é, em si, o que promove a limitação da responsabilidade. Como visto, na verdade, a limitação da responsabilidade não se fundamenta pela separação entre sócios e sociedade, mas sim pela natureza creditória dos direitos dos sócios sobre o resultado da atividade empresarial.

Corolário disso é a pré-existência da limitação da responsabilidade patrimonial em relação às pessoas jurídicas, como destacado no caso da *societas* romana e das sociedades em comandita do período medieval; ou, ainda, o fato de que, mesmo atualmente, são conhecidos institutos dotados de responsabilidade limitada que, todavia, não são personificados. Exemplo típico dessa situação são os já estudados patrimônios de afetação⁹¹.

⁹⁰ ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner; PARGENDLER, Mariana. Foundations of Corporate Law. *European Corporate Governance Institute – ECGI*. Law Working Paper n. 336. January. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2906054>>. Acesso em 23 de dezembro de 2019. “The ‘owner shielding’ provided by limited liability is the converse of the ‘entity shielding’ described above as a component of legal personality. Entity shielding protects the assets of the firm from the creditors of the firm’s owners, while limited liability protects the assets of the firm’s owners from the claims of the firm’s creditors. Together, these forms of asset shielding (or ‘asset partitioning’) ensure that business assets are pledged as security to business creditors, while the personal assets of the business’s owners are reserved for the owners’ personal creditors”.

⁹¹ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012.

Relembre-se, nesse sentido, de que os patrimônios de afetação também constituem técnica de separação patrimonial, permitindo que parte dos direitos de cunho econômico de um sujeito seja destinada a um fim específico, somente respondendo por dívidas e obrigações próprias, distintas daquelas que oneram o respectivo patrimônio geral. Portanto, assim como as pessoas jurídicas, os patrimônios especiais restringem a garantia dos credores em relação ao patrimônio pessoal geral do devedor, limitando-lhe a responsabilidade⁹².

O que diferencia ambas as técnicas é o fato de, nos patrimônios de afetação, haver apenas um sujeito envolvido, detentor de massas patrimoniais separadas, enquanto, nas pessoas jurídicas, concebe-se um novo sujeito, que figura como o único titular do patrimônio que lhe é vertido. Veja-se que, nos dois casos existem dois patrimônios separados, porém, no primeiro, ambos pertencem a uma mesma pessoa, e, no segundo caso, cada patrimônio é de titularidade de uma pessoa distinta – a instituidora e a instituída.

Todavia, não se pode deixar de observar que os dois institutos possibilitam a limitação da responsabilidade do devedor por meio, precisamente, da separação patrimonial. A explicação para isso não é outra senão a necessidade da existência de dois centros de imputação autônomos entre si, com patrimônios distintos, que respondam por obrigações próprias⁹³.

Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 28. “Dito de outro modo, a limitação de responsabilidade não pressupõe a existência de personalidade jurídica e nem sequer de uma sociedade. Basta que determinado conjunto de bens seja destacado – voluntariamente ou por força de lei – do restante do patrimônio de determinado sujeito, com determinada finalidade, para que sobre este conjunto de bens incida a limitação de responsabilidade. Uma das formas de se obter isto é pela constituição e registro de determinados tipos societários. Não obstante, há também casos em que o legislador autoriza a formação de patrimônio separado por razões diversas”.

⁹² Acerca da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade nos patrimônios de afetação, recomenda-se: CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 117 e 156. “O que caracteriza o patrimônio separado, portanto, é o fato de ele ser composto por elementos que não desempenham a função de garantir genérica e ilimitadamente os credores do seu titular. Enquanto o patrimônio geral de uma pessoa responde, de forma indiscriminada, por todas as obrigações por ela contraídas, o patrimônio separado responde por dívidas próprias, que oneram tão somente a massa de bens que o compõe (...)”. E complementa: “Enquanto determinado núcleo patrimonial encontrar-se adstrito ao cumprimento de suas próprias dívidas, a relação entre ele e o patrimônio ordinário da pessoa caracteriza-se pela absoluta autonomia. Os credores de um não poderão ser satisfeitos com bens do outro”.

⁹³ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica*: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da *disregard doctrine* com análise empírica da jurisprudência brasileira. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 29-30. “Com efeito, todo sujeito goza de patrimônio geral, que responde integralmente pelas obrigações contraídas por este sujeito. Nada obsta, entretanto, que parcelas

Permite-se, assim, a transferência de direitos para um dos centros, retirando a responsabilidade do outro: no patrimônio de afetação, os direitos destacados e destinados à massa especial não são atingidos pelos credores da massa geral, e vice-versa; da mesma forma, nas pessoas jurídicas, as entradas de capital transferidas para a sua criação, deixam de responder pelas obrigações de seus antigos titulares, bem como estes não se responsabilizam com seu patrimônio pessoal pelas dívidas sociais⁹⁴.

Assim ensina Sylvio Marcondes:

A responsabilidade limitada manifesta-se, em sentido próprio e com rigor, quando, no campo patrimonial do devedor, se demarca uma área circunscrita de bens, destinada a suportar, no caso de inadimplemento, a ação dos credores, cuja eficácia se confina nos lindes intransponíveis dos valores aí realizados. (...) Sob este padrão, a limitação da responsabilidade se produz como complemento necessário e indeclinável de uma separação patrimonial, onde ficam circunscritos os bens responsáveis, de tal modo que, patrimônio separado e responsabilidade limitada, como irmãos siameses, se conjugam numa unidade permanente e indissolúvel.⁹⁵

Partindo da compreensão de que a separação patrimonial é condição para que se estabeleça a limitação da responsabilidade, surge, ainda, uma outra questão no tocante à previsão, pelo ordenamento jurídico, de sociedades dotadas de personalidade jurídica que, contudo, não gozam do benefício da limitação. Isto é, há hipóteses em que a existência de um centro autônomo de imputação, por si só, não garante a proteção integral do patrimônio dos sócios. É o que ocorre nas sociedades simples de responsabilidade ilimitada.

Nesses casos, apesar de a sociedade ser, inicialmente, a responsável pelas suas respectivas dívidas, na eventualidade de uma falência ou de insuficiência

desse patrimônio sejam destacadas – voluntariamente ou por força de lei – para serem tratadas como centro autônomo de imputação de direitos e deveres, respondendo exclusivamente pelas obrigações contraídas em decorrência da razão que as levou a serem destacadas. Quando isto se dá por determinação legal, é a norma jurídica quem fixa a razão pela qual o patrimônio foi separado, bem como os limites desta dissociação. Diversamente, se a separação decorre de ato voluntário – como a conduta do sócio que integraliza cotas de uma sociedade – a prerrogativa da limitação de responsabilidade é consequência do fato de que esse sujeito abre mão do poder de dispor sobre tais bens, os quais passam a ser geridos como centro autônomo de imputação de direitos e deveres, adquirindo o antigo titular, unicamente, direito de crédito sobre os resultados do empreendimento”.

⁹⁴ Destaca-se que, no caso da *societas* do Direito Romano e das sociedades em comandita medievais, essa transferência de direitos reais se dava entre duas ou mais pessoas físicas, isto é, dos sócios não gestores para o sócio gestor. Assim, também se observava a existência de dois centros de imputação autônomos com patrimônios distintos, e somente o sócio gestor é que respondia pelas dívidas da sociedade, imunizando o patrimônio pessoal dos demais. Isto é, estes só respondiam com o patrimônio que havia sido inicialmente transferido ao sócio gestor para o desenvolvimento da atividade empresarial.

⁹⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 270 e 272.

de recursos, os sócios são chamados a responder com seu patrimônio pessoal. Desse modo, o termo “responsabilidade ilimitada” se refere aos sócios, que, de maneira subsidiária, podem ter o seu patrimônio particular atingido pelos credores da sociedade, para além das entradas de capital, uma vez que estas já não lhes pertencem desde o momento em que se incorporaram ao patrimônio social.

Observe-se o que prevê o Código Civil Brasileiro sobre as sociedades simples:

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Trata-se de hipótese de imputação legal de responsabilidade de um sujeito a outro, que não deve se confundir com a extinção da separação patrimonial, afinal a personalidade jurídica da sociedade permanece, assim como a sua autonomia em relação aos sócios.

Como se sabe, a responsabilidade é parte integrante do vínculo obrigacional, assim como a dívida. Em regra, ambas se reúnem no mesmo sujeito, de modo que aquele que contrai débitos deve por eles responder, ou, em outros termos, o devedor é responsável por suas próprias dívidas. Todavia, a visão dualista da obrigação admite situações excepcionais em que os dois elementos sejam dissociados, recaindo sobre sujeitos distintos, como ocorre na fiança e no aval, casos típicos de responsabilidade sem dívida. Em tais hipóteses, um terceiro é chamado a responder por obrigações alheias⁹⁶.

⁹⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 262. “Embora, na generalidade dos casos, a dívida e a responsabilidade se reúnam, sem restrições ou limites, na figura do devedor, a discriminação desses elementos, na estrutura da relação obrigacional, seja conceitual, seja dogmática, efetuada por umas e outras das teorias acima brevemente expostas, tem o mérito inegável de decompor a obrigação nas duas fases possíveis de seu ciclo de atuação: uma, do cumprimento voluntário e espontâneo; outra, da execução por inadimplemento. Com isso, permite analisar situações em que os dois elementos não se conjugam no mesmo sujeito passivo da relação, e, ainda, torna possível submeter à luz de um foco direto o problema da responsabilidade, considerada na sua variada extensão. (...) Um segundo caso, irrefutavelmente comprobatório da realidade diferencial dos elementos da obrigação, está na ocorrência de responsabilidade sem dívida. Verifica-se a hipótese quando o responsável patrimonialmente, não é, ele próprio, o devedor, como acontece na outorga de garantia real para a dívida de outrem”.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 12-13. “Analisada a obrigação perfeita sob essa dupla perspectiva, descortinam-se os dois elementos que compõem seu conceito. Ao dever de prestação corresponde o *debitum*, à sujeição a *obligatio*, isto é a responsabilidade. A esta responsabilidade patrimonial empresta-se grande importância no direito moderno, a ponto de se afirmar que a obrigação é uma relação entre dois patrimônios. Em princípio,

Da mesma forma, nas chamadas sociedades de responsabilidade ilimitada, a lei determina a extensão da responsabilidade da pessoa jurídica da sociedade para os sócios (também denominada responsabilidade secundária), quando restar caracterizada a insuficiência de recursos⁹⁷. Frise-se que não desaparece a autonomia entre eles, subsistindo como centros de imputação distintos, com patrimônios e capacidade patrimonial próprios.

Assim, a princípio, a responsabilidade dos sócios permanece limitada ao valor aportado ao capital social – ou seja, pelas dívidas contraídas pela sociedade, primeiro responde o seu próprio patrimônio –, contudo, subsidiariamente, os sócios podem ser chamados a responder com seus bens pessoais⁹⁸, configurando uma hipótese de responsabilidade por dívida alheia.

Ante o exposto, constata-se que, não obstante a separação patrimonial ser condição para a limitação da responsabilidade daquele que busca atuar no mercado econômico, ela não impede a previsão de hipóteses de extensão de responsabilidade. Portanto, para que haja uma garantia de integral proteção do patrimônio pessoal do empreendedor, além da sua separação em relação ao capital destinado à atividade empresarial, não pode haver determinação de responsabilidade secundária. De fato, é o que se observa nas sociedades limitadas e nas sociedades anônimas.

Por tais razões, são comuns as afirmações doutrinárias no sentido de que a limitação da responsabilidade é a expressão máxima da separação patrimonial⁹⁹. Do que se deve entender que, somente com a garantia dessa limitação, ou, ao

há coincidência entre debitum e obligatio, por evidente que a responsabilidade se manifesta por consequência do débito. Há situações, porém, nas quais a decomposição se impõe para classificar a exposição dogmática de vários institutos e pontos do Direito das Obrigações. Existem obrigações sem a coexistência dos dois elementos”.

No mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 374-375.

⁹⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 69-70. “Há situações, porém, em que a responsabilidade se dissocia da obrigação e vai atingir a esfera jurídica de um terceiro que não o devedor, como ocorre com o sócio da sociedade que não oferece limitação da responsabilidade. Vale dizer, quando o sócio tem o seu patrimônio atingido, responde por dívida que não era originariamente sua, mas, sim, da sociedade. É a chamada responsabilidade patrimonial secundária (ou responsabilidade sem dívida), sendo o art. 592, II, do Código de Processo Civil [de 1973] um exemplo disso”.

⁹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. § 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade”.

⁹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 261.

contrário, na ausência de extensão de responsabilidade, é que há a real proteção do patrimônio particular do investidor¹⁰⁰.

Não é à toa que os mecanismos que oferecem autonomia patrimonial e, ainda, preservam a efetiva limitação da responsabilidade têm sido, atualmente, os mais adotados pelos empreendedores em suas atividades. Permite-se, assim, o cálculo do risco empresarial, conferindo maior previsibilidade e confiança ao mercado, impulsionando os investimentos e o desenvolvimento econômico e social.

2.3 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica

2.3.1 O surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e suas noções fundamentais

Não há como negar a importância da limitação da responsabilidade patrimonial para o desenvolvimento do mercado econômico nos mais diversos países, tendo contribuído para a formação dos grandes empreendimentos e para a própria construção da civilização moderna¹⁰¹.

As prerrogativas conferidas por essa limitação, todavia, à medida em que se consolidavam, começaram a ser exercidas de maneira abusiva pelos sócios e investidores, produzindo um efeito reverso ao pôr em xeque a tutela do crédito e a segurança jurídica. Observou-se uma aplicação do instituto em desconformidade com as suas finalidades econômicas e históricas, direcionada ao favorecimento pessoal

¹⁰⁰ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. What is Corporate Law? *Yale Law & Economics Research Paper* n. 300. Feb. 25, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=568623>>. Acesso em 25 de maio de 2020.

¹⁰¹ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 465; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 402; PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 32-33; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner H.; SQUIRE, Richard C. Law and the Rise of the Firm. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 326. January, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em 24 de abril de 2020.

dos agentes em detrimento da garantia dos credores, desestabilizando as relações jurídicas e o funcionamento das estruturas de mercado¹⁰².

Como todo e qualquer direito, a limitação da responsabilidade deve ser utilizada em atenção aos fins para os quais foi pensada, sob pena da configuração de abuso¹⁰³. Entretanto, conforme destaca Leonardo Parentoni, o campo societário, ao contrário dos patrimônios de afetação, é “especialmente propício à celebração de negócios fraudulentos”, uma vez que autoriza a limitação da responsabilidade por mera declaração de vontade, e não apenas por determinação legal¹⁰⁴.

À vista desse cenário, como forma de coibir a fraude e eventuais abusos quanto ao direito de limitação da responsabilidade patrimonial, foi desenvolvida pela jurisprudência e pela doutrina norte-americanas, nas primeiras décadas do século XX, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Deve-se ressaltar que a denominação atribuída ao instituto é decorrente da equívoca relação causal que se estabelecia entre a limitação da responsabilidade e a personificação dos entes naquele período¹⁰⁵, conforme já abordado no presente trabalho.

Tal noção levou ao surgimento de concepções relacionadas a uma suposta “crise da pessoa jurídica”, decorrente do mau uso da personalidade, que imporia a

¹⁰² Em uma análise econômica do direito, afirma-se que o emprego indevido da limitação da responsabilidade promoveu a externalização de custos não compensáveis, prejudicando o funcionamento do mercado. Nesse sentido: 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. 164-186; BLUMBERG, Phillip. *Limited Liability and Corporate Groups*. 1986. University of Connecticut School of Law. *Faculty Articles and Papers*. 28. Disponível em: <https://opencommons.uconn.edu/law_papers/28>. Acesso em 24 de abril de 2020; EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *Limited Liability and the Corporation*. 1985. *University of Chicago Law Review*. vol. 52, Iss. 1, Article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

¹⁰³ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Sobre o assunto: CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-396. “O dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boa-fé, segundo os bons costumes ou segundo a finalidade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultem do seu fundamento axiológico”. Ver também: LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885, jul. 2009, p. 49-68; REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, vol. 410, dez. 1969, p. 12-24.

¹⁰⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 40.

¹⁰⁵ 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. 195.

sua desconsideração¹⁰⁶. Em síntese, o entendimento de que a separação patrimonial obtida pela atribuição de personalidade era o que conferia a limitação da responsabilidade dos sócios influenciou na relativização da figura da pessoa jurídica, quando, na realidade, pretendia-se questionar o mecanismo da responsabilidade limitada.

Com efeito, a desconsideração da personalidade jurídica emergiu a partir do julgamento de casos concretos¹⁰⁷, que, posteriormente, despertaram a atenção da doutrina. A primeira sistematização teórica é atribuída ao alemão Rolf Serick, que retratou o instituto como uma forma de coibir o emprego da separação patrimonial de maneira abusiva em prejuízo de terceiros e com o intuito de fraudar a lei¹⁰⁸. Não

¹⁰⁶ Nesse sentido: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 259 e ss.

¹⁰⁷ Leonardo Parentoni destaca que “o pioneiro caso estadunidense teria sido *Beal v. Chase*, julgado pela Suprema Corte de Michigan, em 1875. Nele, um cidadão de nome Chase havia construído sólida reputação como proprietário da Dr. Chase's Steam Printing House, uma editora de sucesso, localizada na cidade de Ann Arbor, Estado de Michigan. Em agosto de 1869 ele vendeu a empresa para Beal, tendo assinado contrato por meio do qual se comprometeu a não concorrer com o comprador, direta ou indiretamente, no mesmo ramo e na mesma localidade. Beal manteve o êxito do empreendimento, até 1872. Neste ano, porém, Chase constituiu uma sociedade anônima, da qual era sócio majoritário e principal administrador, que passou a atuar no mesmo ramo da empresa que havia sido vendida para Beal, tendo se tornado sua principal concorrente. O Tribunal de Michigan considerou ilícita a conduta de Chase e o condenou, já que a constituição da S/A foi claramente utilizada como subterfúgio para burlar o pacto de não concorrência. (...) o caso mais famoso e mundialmente citado como precursor da desconsideração da personalidade jurídica – apesar de o verdadeiro precursor ter sido o já mencionado caso *Beal v. Chase*, dos EUA, em 1875 – foi *Salomon v. Salomon & Co Ltd.*, ocorrido na Inglaterra, em 1897. Aron Salomon era proprietário de uma bem sucedida fábrica de botas e sapatos de couro, no distrito de Whitechapel. Durante vários anos ele explorou esta atividade como empresário individual (sole proprietorship). Em junho de 1892, constituiu sociedade anônima fechada, denominada *Salomon & Co Ltd.*, composta apenas por ele e outros membros da família, competindo-lhe a administração. Foi quando ocorreu a fraude. Na transferência da empresa do seu patrimônio pessoal para o patrimônio da sociedade Salomon recebeu a maioria das ações da nova companhia, além de debêntures pagáveis em dinheiro, garantidas por prioridade sobre os ativos da companhia, em caso de liquidação. Pouco tempo depois a companhia faliu. Sendo o ativo insuficiente para quitar todo o passivo, Salomon foi pago em detrimento dos demais credores, graças à preferência conferida a suas debêntures. Edmund Broderip, nomeado liquidante, ingressou com ação judicial para que Salomon fosse pessoalmente responsabilizado pelo fracasso da companhia. Em primeiro grau de jurisdição, o magistrado decidiu que a operação financeira era fraudulenta, pois haveria abuso na limitação de responsabilidade. Conseqüentemente, condenou Salomon a responder pelas dívidas da sociedade. (...) o caso alcançou o mais alto grau de jurisdição no país, na época correspondente à Câmara dos Lordes (House of Lords). E aqui a decisão foi revertida, por unanimidade. Ou seja, a mais alta instância rejeitou a alegação de fraude e indeferiu o pleito de desconsideração da personalidade jurídica. (...) Apesar de o resultado final ter sido pelo indeferimento do pedido, neste caso houve profunda discussão a respeito dos limites da separação patrimonial e como reprimir eventuais abusos. Por isso, tornou-se referência mundial na matéria” (PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 53-54).

¹⁰⁸ Conforme anotou Serick, resta configurada a fraude quando “una forma giuridica viene utilizzata per scopi non rientranti tra quelli per i quali essa fu creata e, tale utilizzazione viene dalla lege stessa, explicitamente o implicitamente, disapprovata”. E, ainda: “se si abusa della forma della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non

obstante, também se destacaram, ao longo dos anos, os trabalhos de Pierro Verrucoli¹⁰⁹, Frank Easterbrook e Daniel Fischel¹¹⁰, Robert Thompson¹¹¹, Stephen Bainbridge¹¹², entre outros autores que contribuíram para a construção da teoria tal qual a conhecemos hoje.

No Brasil, Rubens Requião inaugurou a matéria, em 1969, analisando as abordagens internacionais e levantando as primeiras discussões sobre o tema no âmbito nacional¹¹³. Já em 1975, aprofundando-se no estudo da desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Konder Comparato relacionou o instituto com o desvio do poder de controle societário e buscou afirmar critérios objetivos para a sua aplicação¹¹⁴. Ainda, destaca-se o trabalho de José Lamartine Corrêa de Oliveira, de 1979, que enquadrou a desconsideração como resposta a uma crise de função da pessoa jurídica, por meio da “suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro”¹¹⁵.

Ao longo dos anos, todavia, passou-se a entender que o propósito da teoria da desconsideração não seria a extinção da pessoa jurídica, nem mesmo a sua anulação. O que se pretende é, na verdade, a suspensão da eficácia da limitação da

rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra socio e persona giuridica”. (SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 25 e 275).

¹⁰⁹ VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

¹¹⁰ EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. 1985. *University of Chicago Law Review*. vol. 52, Iss. 1, Article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

¹¹¹ THOMPSON, Robert Blakey. Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n. 76, July 1991, p. 1036-1074. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss5/2>>. Acesso em 28 de agosto de 2020.

¹¹² BAINBRIDGE, Stephen Mark. Abolishing LLC Veil Piercing. *Law & Economics Research Paper Series*. Los Angeles: University of California. Research Paper n. 04-11, May 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=551724>>. Acesso em 28 de agosto de 2020.

¹¹³ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969, p. 12-24.

¹¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 308. “Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes”.

¹¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 262-263. Quanto à crise de função da pessoa jurídica, nas mesmas páginas, o autor afirma que: “Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando a uma utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos”.

responsabilidade patrimonial de determinado acervo autônomo, permitindo-se que o patrimônio de um centro de imputação distinto seja alcançado¹¹⁶.

Veja-se, nesse sentido, as lições de Fábio Ulhoa Coelho:

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição de fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraudes.¹¹⁷

Ademais, atualmente, sabe-se que a limitação de responsabilidade patrimonial pode ter outras causas, que não a personificação, bem como que existem entes dotados de personalidade jurídica que, por sua vez, não gozam do benefício da responsabilidade limitada. Por tais razões, hoje se reconhece que a terminologia “desconsideração da personalidade jurídica”, apesar de ter-se enraizado, não é a mais adequada para um instituto que busca combater os excessos na aplicação da limitação da responsabilidade¹¹⁸. Inclusive, como se verá adiante, a existência de personalidade jurídica não é sequer pressuposto para a incidência da desconsideração.

Estabelecidas essas observações iniciais, cumpre analisar o funcionamento do instituto e suas principais características. Em primeiro lugar, é importante retomar o conceito de que a autonomia patrimonial aliada à limitação da responsabilidade asseguram que o patrimônio destinado ao exercício da atividade empresarial – seja ele transferido para uma pessoa jurídica ou mantido sob a titularidade do mesmo sujeito e apenas afetado a um fim especial – responda de maneira isolada pelas dívidas que contrair. Nesse sentido, em caso de inadimplemento obrigacional, a execução deve permanecer adstrita aos recursos que

¹¹⁶ Nesse sentido, Comparato distinguia despersonalização de desconsideração da pessoa jurídica: “Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só, para o caso concreto” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 307).

¹¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 34-35.

¹¹⁸ PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 38; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 37-39.

compõem esse patrimônio. Aliás, é esta a prerrogativa conferida pela limitação da responsabilidade.

Partindo desse pressuposto, a desconsideração da personalidade jurídica tem como consequência justamente a suspensão da eficácia desse mecanismo, determinando a imputação de responsabilidade de um centro autônomo para outro. Isto é, preenchidos os pressupostos das hipóteses configuradoras do instituto, os credores terão a sua garantia ampliada para atingir o patrimônio de terceiro que, inicialmente, encontrava-se protegido pela limitação. Adotando as sociedades personificadas apenas a título exemplificativo, a desconsideração permite que os sócios respondam pelas dívidas contraídas pela sociedade, ou vice-versa.

Essa consequência deve, contudo, observar algumas particularidades. Em primeiro lugar, a suspensão da eficácia da limitação da responsabilidade somente ocorre em proveito de credor determinado e em um caso específico, permanecendo válidas e eficazes as demais relações não atingidas pela desconsideração¹¹⁹. Além disso, é importante destacar que essa imputação se refere a uma responsabilidade societária, que se distingue da extensão de responsabilidade civil, por constituir hipótese sancionadora. Isto é, o sócio não é mero responsável, mas um autêntico obrigado direto, em razão da atividade lesiva que praticou, não havendo falar na possibilidade de regresso perante a sociedade ou os demais sócios¹²⁰.

Buscando esclarecer o funcionamento do instituto, Leonardo Parentoni¹²¹ estabeleceu cinco pressupostos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que devem incidir de maneira cumulativa. O primeiro deles diz

¹¹⁹ PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 37; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 238.

¹²⁰ Nesse sentido: "(...) a desconsideração da personalidade jurídica constitui espécie de sanção, aplicada para reprimir o abuso na limitação de responsabilidade patrimonial. Por isso, impõe responsabilidade direta ao sujeito por ela atingido, o qual não poderá exercer direito de regresso contra outros eventuais membros do centro autônomo de imputação" (PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 115). E ainda: "Trata-se de responsabilidade societária, que não pode ser confundida com a responsabilidade civil nem tampouco com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário. Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da atividades lesiva" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237).

¹²¹ Esses pressupostos foram, inicialmente, desenvolvidos pelo autor em sua tese de doutorado: PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 52-62. Também são mencionados no livro: PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 42-50.

respeito à existência de, pelo menos, dois centros autônomos de imputação de direitos e deveres, dotados de patrimônios próprios e de responsabilidade limitada. Observe-se que não se exige a sua personificação, podendo ambos, inclusive, integrar a esfera de um mesmo sujeito titular. Nesse sentido, a desconsideração é aplicável para imputar dívida contraída por um centro autônomo ao outro. Assim complementa o autor:

Inversamente, quando não há ao menos dois centros autônomos de imputação, dotados de limitação de responsabilidade, a desconsideração torna-se desnecessária. É o que sucede, por exemplo, com o empresário individual, visto que a legislação não separa o seu patrimônio pessoal daquele destinado ao exercício da empresa.¹²²

O segundo pressuposto é a “existência de atividade praticada por meio desse centro de imputação (por exemplo, atividade empresarial desenvolvida por sociedade). Ou, ao menos que, em se tratando de único ato, ele decorra do exercício dessa atividade”¹²³. Por atividade, deve-se entender um conjunto de atos direcionados a um fim comum, de modo que a desconsideração só será cabível em um contexto no qual haja uma organização voltada para a busca de uma determinada finalidade, uma vez que a prática de atos isolados já é regulada pelos institutos tradicionais do Direito Civil¹²⁴.

O terceiro pressuposto impõe que tal atividade seja formalmente lícita, pois, caso contrário, aplicar-se-ia a responsabilidade civil, não sendo necessária a utilização da teoria da desconsideração. Assim, o instituto ora analisado apenas será empregado nos casos em que a atividade desenvolvida pelo centro autônomo de imputação for materialmente ilícita, mas com aparência de legalidade. Trata-se das hipóteses de irregularidade oculta, manifestada “no conteúdo da atividade, na maneira

¹²² PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 43.

¹²³ PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 43.

¹²⁴ Sobre o assunto, o próprio Leonardo Parentoni menciona a doutrina de Calixto Salomão Filho, que aqui se reafirma: “Nota-se, portanto, que o elemento característico do método de desconsideração da personalidade jurídica está em buscar seu fundamento na atividade societária e não em um determinado ato. Assim, por exemplo, na confusão de esferas no abuso de forma ou no desvio de finalidade (todos termos consagrados na definição do artigo 50 do Código Civil). Não se pode excluir, no entanto, que a lesividade da atividade caracterize-se através de um único ato de natureza societária. Nesse caso, será preciso que o ato exija participação da organização societária, servindo o próprio procedimento societário de aprovação do ato para deslocá-lo para o campo da desconsideração da personalidade jurídica. Apenas na ausência de participação da organização societária aplicar-se-iam os institutos civilísticos em detrimento da teoria da desconsideração. Exemplo típico é a teoria da aparência. Ali, trata-se de ato (ou sequência de atos) atinente às relações externas da sociedade, em que não há participação da organização societária.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237).

como é exercida ou nos efeitos por ela efetivamente visados”¹²⁵, mas não em sua forma.

O quarto pressuposto consiste na inobservância do distanciamento entre a atividade desempenhada pelo centro autônomo de imputação e a conduta de seus membros. Como visto anteriormente, os sócios são titulares de direito de crédito em relação à sociedade, não exercendo qualquer forma de domínio ou direito real sobre o patrimônio social. Com efeito, é nisso que se baseia a limitação da responsabilidade. Assim, quem possui o poder de dispor do capital social é a sociedade, movida por vontade autônoma e expressa pela maioria, inconfundível com os interesses pessoais dos sócios. O descumprimento dessa separação entre a pessoa jurídica e seus membros (ou seu único membro, no caso das sociedade unipessoais) é, portanto, o que reclama a incidência da desconsideração¹²⁶.

Por fim, o quinto pressuposto refere-se à inexistência de responsabilidade pessoal e direta dos membros ou regime jurídico específico para a sua responsabilização. A conclusão, nesse caso, é bastante lógica: se não há limitação de responsabilidade, ou se já existe mecanismo que determine a sua superação, não há razão para o emprego de outro instrumento que visa a fim idêntico. Em outras palavras, há hipóteses em que o próprio legislador estabelece a responsabilidade

¹²⁵ PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 44.

¹²⁶ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 55: “Em se tratando de sociedade, é possível que o sócio exerça o poder de controle e, simultaneamente, beneficie-se da limitação de responsabilidade, como de regra ocorre. O que não se admite é que ele, a pretexto de simplesmente orientar os rumos da atividade social, passe a exercê-la diretamente, sem observar o distanciamento e a adoção das formalidades que permitem vislumbrar na estrutura societária autêntico centro autônomo de decisões. Nestes casos extremo, o controle societário e o controle empresarial se confundem no mesmo sujeito, tornando cabível a desconsideração da personalidade jurídica”.

Sobre a distinção entre controle societário e controle empresarial, Warde Júnior afirma que: “O poder de controle societário não se confunde, conceitualmente, com o poder de controle da empresa. Este último é exercido pelo empresário, pelo organizador dos meios de produção dedicados à empresa econômica. O primeiro é, ordinariamente, um poder do sócio, que – nas sociedades de capitais – permite-lhe influenciar a vontade social, apenas para adotar estratégias e para definir ações que maximizem a possibilidade de satisfação de seu direito de crédito. Serão, de qualquer forma, ações e estratégias da sociedade e não do socio. A sociedade é, nesses casos, a única titular da empresa”. Mais adiante, o autor conclui: “A apropriação e a organização dos meios de produção corrompem a estrutura organizacional típica dessas sociedades, por determinarem a transferência do controle empresarial da sociedade para o sócio a quem, alçado por sua própria conduta à condição de empresário, imputa-se responsabilidade. A responsabilidade, como se sabe, é imputada pela aquisição e exercício do poder de dispor, como se fosse dono, dos meios de produção” (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. 277 e 298).

direta dos membros do centro autônomo de imputação, de maneira prévia e em abstrato, não sendo necessária a análise do preenchimento dos pressupostos ora descritos¹²⁷.

O quinto pressuposto, conforme ressalta Parentoni, explica o motivo pelo qual a desconsideração da personalidade jurídica tem aplicação subsidiária, recaindo, basicamente, sobre os sócios de sociedades limitadas ou anônimas e os titulares de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI.

De todo o exposto, é possível observar a importância do desenvolvimento da teoria da desconsideração, servindo de remédio para os eventuais abusos envolvendo o direito de limitação da responsabilidade patrimonial. Outrossim, revela-se de igual relevância a devida observância de seu funcionamento e pressupostos, evitando aplicações temerárias do instituto, que, por sua vez, também geram consequências para o funcionamento do mercado, como ainda se verá.

2.3.2 Panorama geral das hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua evolução no Brasil

Compreendidas as noções fundamentais e os pressupostos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, resta analisar as suas causas e hipóteses de aplicação no sistema jurídico nacional. Uma vez que a teoria decorreu de uma construção jurisprudencial e doutrinária, durante muito tempo a legislação não previu os seus critérios de incidência. Nesse sentido, o Código Civil de 1916, em seu art. 20,

¹²⁷ PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 47-49. “Isto se aplica aos sócios da sociedade em comum (Código Civil art. 990), da sociedade simples que não adota tipo de limitada (Código Civil art. 1.023) e da sociedade em nome coletivo (Código Civil art. 1.039, caput); ao sócio comanditado nas sociedades em comandita simples ou por ações (Código Civil art. 1.045, caput e LSA artigos 281 e 282); ao sócio participante de sociedade em conta de participação que toma parte nos negócios conduzidos pelo sócio ostensivo (Código Civil art. 993, parágrafo único); ao sócio que se desliga da sociedade, durante 02 anos contados do registro da respectiva alteração contratual (Código Civil art. 1.003, parágrafo único); ao administrador societário que representa a pessoa jurídica antes de registrar devidamente sua nomeação ou após este registro, quando se tratar de ato ultra vires, nos termos dos artigos 1.012, caput, 1.015, parágrafo único e 1.016 do Código Civil; dos administradores que realizarem distribuição ilícita de lucros e aos sócios que receberem tais dividendos, tendo ciência da ilegalidade (Código Civil art. 1.009); além dos casos em que a ausência de perfeita integralização do capital social acarreta responsabilidade pessoal e direta (Código Civil artigos 1.004, parágrafo único, 1.052 e 1.055, § 1º). Entre outras várias hipóteses”.

se limitava a determinar a separação entre a pessoa jurídica e a pessoa física, não fixando nenhuma medida específica para eventual violação desse dispositivo.

Com efeito, naquele momento, a temática sequer havia sido introduzida no contexto brasileiro, o que, como visto, somente ocorreu em meados do século XX. A doutrina, então, cuidou de determinar restrições às prerrogativas conferidas pela separação patrimonial obtida pela personificação de entes¹²⁸, esclarecendo em quais hipóteses deveria ser empregada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

De um lado, por influência do trabalho de Rolf Serick, foram estabelecidas causas subjetivas de aplicação da desconsideração, baseadas no uso intencionalmente fraudulento e abusivo da pessoa jurídica¹²⁹. De outro lado, principalmente a partir das lições de Fábio Konder Comparato, também se identificaram causas objetivas, segundo as quais determinadas condutas, por si só, reclamariam a incidência da desconsideração, independentemente da intenção do agente¹³⁰. Enquadram-se nessa hipótese, por exemplo, os casos de confusão patrimonial.

Ambas as concepções foram posteriormente positivadas pelo Código Civil de 2002, que passou a tratar da configuração de “abuso da personalidade jurídica” tanto nas situações de desvio de finalidade, quanto na ocorrência de confusão patrimonial¹³¹. Veja-se a redação original do art. 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações

¹²⁸ Como visto, o foco da desconsideração, inicialmente, era a pessoa jurídica e não a limitação da responsabilidade.

¹²⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12-24; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 13; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 226.

¹³⁰ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 308-309. “É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento de personalidade com as noções de abuso de direito e de fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável. Ela deixa de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude (...)”.

¹³¹ O estudo das teorias subjetiva e objetiva, bem como a positivação da desconsideração pelo Código Civil de 2002 será aprofundado no capítulo seguinte, quando da análise específica da confusão patrimonial – principal objeto deste trabalho. Por ora, busca-se fixar um panorama geral da evolução da desconsideração no contexto brasileiro.

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

O referido dispositivo, aliado aos pressupostos doutrinários anteriormente analisados, fixou o que ficou conhecido como teoria maior da desconsideração ou desconsideração clássica¹³². Todavia, conforme o próprio desenvolvimento do Direito Empresarial, o instituto enfrentou diversas transformações ao longo dos anos, na tentativa de acompanhar as mudanças sociais e econômicas inerentes à vida em civilização.

Se, por um lado, a limitação da responsabilidade patrimonial foi determinada pela necessidade de se permitir o cálculo do risco empresarial e estimular os investimentos em atividades econômicas, por outro lado, a desconsideração emergiu justamente no sentido de frear o uso dessa prerrogativa, voltando o olhar para a garantia dos credores. Seguindo esse ciclo de desenvolvimento, à medida em que as relações jurídicas e comerciais foram evoluindo, tornou-se necessário conferir uma maior proteção a determinados grupos atuantes no mercado que, conforme se observou, ocupavam posição de desvantagem perante os grandes empreendimentos capitalistas.

Nesse contexto, é de se notar o surgimento de ramos do Direito direcionados à tutela das relações envolvendo presunção de vulnerabilidade, como as consumeristas e trabalhistas, que estabeleceram princípios e regramentos próprios, inspirados por uma lógica protecionista¹³³. Tais inovações interferiram diretamente nos diversos temas do Direito Empresarial, inclusive na desconsideração da personalidade jurídica, que recebeu uma nova modalidade de aplicação.

A chamada teoria menor da desconsideração ou desconsideração contemporânea¹³⁴ buscou, assim, adequar o instituto aos objetivos determinados

¹³² O termo “desconsideração clássica” é atribuída a Leonardo Parentoni: PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

¹³³ Sobre a evolução do Direito Comercial e a influência dos novos ramos do Direito, consultar: FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 132-147.

¹³⁴ Sobre a desconsideração contemporânea, inclusive o emprego dessa expressão, conferir: PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 152 e 123. “Hoje se assiste a uma variante da clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta nova modalidade é fruto de evolução histórica do instituto no contexto brasileiro. Ela costuma ser chamada de desconsideração atributiva ou teoria menor da

pelas relações entre partes desiguais, a fim de reestabelecer o equilíbrio do mercado econômico, socorrendo os sujeitos mais vulneráveis. Pautada por essa finalidade, a desconconsideração contemporânea não se baseou nos mesmos pressupostos da modalidade clássica, suspendendo a eficácia da limitação da responsabilidade sempre que esta ameaçasse os interesses protegidos, com base em uma concepção mais intervencionista. Nas palavras de Parentoni:

(...) a lógica própria do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor (e, mais recentemente, do Direito Ambiental) paulatinamente fez com que a desconconsideração, teoria criada para incidir em relações jurídicas nas quais havia igualdade formal entre os sujeitos, nesses novos ramos visasse outros objetivos: proteger a parte vulnerável (consumidor ou empregado) ou conferir especial tutela a certos bens jurídicos (caso do meio ambiente saudável). A limitação de responsabilidade passou a ser afastada sempre que a sua observância dificultasse alcançar tais objetivos.¹³⁵

Tal raciocínio foi positivado na legislação especial, destacando-se os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, bem como das leis trabalhistas e ambientais. Veja-se, por exemplo:

CDC, art. 28, § 5º Também poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

CLT, 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.

Lei de Crimes Ambientais, art. 4º Poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

A redação dos artigos supramencionados demonstra que a teoria menor substituiu os pressupostos clássicos da desconconsideração por um raciocínio

desconconsideração da personalidade jurídica, tanto na doutrina como na jurisprudência. Neste estudo, porém, opta-se pelo termo desconconsideração contemporânea, por considerá-lo mais correto. Primeiro, porque afasta o preconceito de rotular esta nova modalidade como “menor”, pois a pesquisa empírica revelou que ela é significativa. Segundo, porque o termo escolhido destaca seu traço marcante, que é ser fruto da evolução histórica do nosso Direito”. E, ainda: “Em sentido oposto, nas relações jurídicas caracterizadas pela vulnerabilidade de uma das partes, ou para assegurar especial tutela a determinados bens jurídicos, a ineficácia da separação patrimonial decorre da opção legislativa por impor determinada distribuição de riscos. A limitação de responsabilidade é afastada em abstrato, sem maiores considerações sobre o caso concreto. Ela não respeita as escolhas empresariais e se assenta em fundamentos econômicos. Trata-se da desconconsideração contemporânea, cuja aplicação desmedida pode trazer vários efeitos colaterais” (p. 123).

¹³⁵ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 116.

meramente econômico¹³⁶, com o objetivo de combater a externalização de riscos¹³⁷ em detrimento de sujeitos ou bens jurídicos vulneráveis. Consequentemente, ampliou-se a margem de livre atuação do aplicador do Direito que, nesses casos, ficou autorizado pela legislação a afastar a limitação da responsabilidade em hipóteses cada vez menos restritas¹³⁸.

Sobre o assunto, deve-se destacar o levantamento jurisprudencial realizado por Leonardo Parentoni, por meio do qual demonstrou a forte utilização do raciocínio econômico para fundamentar a desconconsideração da personalidade jurídica pelos Tribunais, na primeira década dos anos 2000¹³⁹. Na Justiça Trabalhista, por exemplo, o autor observou que grande parte das decisões sequer mencionava os pressupostos históricos do instituto, baseando-se no argumento de que “o risco (aspecto econômico) decorrente do exercício de atividade empresarial incumbe exclusivamente ao empresário que a exerce, não podendo de maneira alguma ser externalizado (outro termo econômico) em detrimento dos empregados”¹⁴⁰.

¹³⁶ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 116; PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 60.

¹³⁷ Nesse sentido: “(...) a desconconsideração [contemporânea] enquadra-se em uma regra geral de repressão ao comportamento de free-rider. Como free-rider define-se o agente que quer gozar das vantagens mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada não passivamente, como um meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização de riscos em maneira diversa daquela prevista no ordenamento. O ordenamento deve intervir, consequentemente, para eliminar esses abusos e reprimir a distribuição de riscos original”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 243.

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 244. “Essa perspectiva intervencionista (que vê no direito não um corpo de regras que devam buscar a neutralidade do ponto de vista econômico, mas sim que devam influir nos desequilíbrios naturalmente criados pelo mercado) facilita a aplicação mais ampla da desconconsideração. A própria desconconsideração atributiva torna-se aceitável, desde que existam razões econômicas (v.g., a proteção dos interesses de grupos particularmente fracos etc.) a justificar uma diversa distribuição dos riscos (o que claramente não seria aceitável na visão liberal)”. Também conferir: PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 122. “O conteúdo propositadamente aberto dessas normas – contrastando com o art. 50 do Código Civil e os dispositivos que a este se assemelham – confere elevadíssima dose de discricionariedade ao magistrado para afastar a limitação de responsabilidade, sem maiores considerações sobre as nuances do caso concreto”.

¹³⁹ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

¹⁴⁰ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012.

O mesmo se observa na aplicação da desconsideração às relações consumeristas. Com efeito, o texto do §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor demonstra nitidamente a utilização do instituto como forma de imputação de responsabilidade aos sócios, independentemente de qualquer critério além da simples insuficiência do patrimônio social para solver a dívida. Nesse sentido também se manifestou Warde Jr.:

A tutela aos direitos consumeristas, especialmente do direito de crédito de sua titularidade, ganhou – em detrimento da limitação da responsabilidade dos sócios – a preferência do legislador. A norma do artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor torna evidente, a exemplo do que se verificou em matéria trabalhista, a ocorrência de um juízo acerca da ineficiência da limitação de responsabilidade.¹⁴¹

Assim, a imprecisão das regras decorrentes da desconsideração contemporânea, suspendendo a limitação da responsabilidade de maneira cada vez menos criteriosa, foi responsável por promover uma superutilização do instituto, em descompasso com os fins para os quais foi criado. Retomando o ciclo evolutivo do Direito Empresarial, observa-se que toda vez que um instrumento jurídico é aplicado de maneira desmedida e exagerada, o resultado invariavelmente contraria a segurança jurídica, afetando negativamente o próprio mercado econômico. Com a desconsideração contemporânea da personalidade jurídica não foi diferente, conforme concluiu Parentoni:

Esta imprecisão fez com que a pretexto de se tutelar sujeitos vulneráveis, como consumidores e empregados, a declaração de ineficácia da separação patrimonial fosse superutilizada pela jurisprudência, quase como sinônimo de responsabilidade objetiva. Ao invés de punir o mau uso da limitação de responsabilidade, ela passou a desprezar a conduta do sujeito apenado, simplesmente para evitar que algum prejuízo viesse a ser suportado pela parte vulnerável, sem a análise rigorosa de certos pressupostos. Em crise, a limitação de responsabilidade patrimonial deixou de fornecer a segurança e a previsibilidade que dela se esperam, acarretando várias consequências negativas.¹⁴²

Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 108-109. No mesmo sentido: 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. 289-295.

¹⁴¹ 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. 296.

¹⁴² PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 163-164.

A partir dessa constatação, a teoria menor se tornou alvo de diversas críticas por parte da doutrina¹⁴³, tendo em vista os efeitos negativos produzidos pelo afastamento irrestrito e infundado da limitação da responsabilidade patrimonial. Afirma-se, nesse sentido, que a nova vertente do instituto funciona como uma verdadeira cláusula geral de extensão da responsabilidade¹⁴⁴, ou, ainda, como um instrumento de distribuição de riscos¹⁴⁵.

Ademais, o distanciamento dos pressupostos clássicos do instituto, com a atribuição de responsabilidade aos sócios pela mera insuficiência de recursos da pessoa jurídica, serviu para desvirtuar a própria essência do instituto. Relembre-se de que a desconsideração da personalidade jurídica não deve se confundir com a extensão de responsabilidade civil, tendo sido instituída, na verdade, com o objetivo de garantir o uso adequado da limitação da responsabilidade, cuja importância não pode ser desprezada pelo Direito – afinal, quando ao empresário não é garantida uma forma de se calcular o risco de sua atividade, os custos de suas transações voltam a onerar o mercado, recaindo justamente sobre os agentes vulneráveis.

¹⁴³ CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Del Rey, 2002, p. XIV. “De fato, nota-se que os pretórios brasileiros estão transformando a doutrina da desconsideração numa verdadeira panaceia, em que é possível solucionar todos os problemas advindos da pessoa jurídica com o simples afastamento de sua personalidade perante o caso concreto. O que se vislumbra é um festival de equívocos e abusos que levarão, em última análise, a um desvirtuamento da pessoa jurídica e ensejarão, por conseguinte, prejuízos de ordem econômica e social para o país”.

No mesmo sentido: NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 156; SZTAJN, Rachel. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, jun. 1992, p. 67-75; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, abr./jun. 2007, p. 53-77.

O uso excessivo da desconsideração também recebeu críticas no direito estrangeiro: BAINBRIDGE, Stephen Mark. *Abolishing LLC Veil Piercing*. *Law & Economics Research Paper Series*. Los Angeles: University of California. Research Paper n. 04-11, May 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=551724>>. Acesso em 28 de agosto de 2020. “The standards by which veil piercing is effected are vague, leaving judges great discretion. The result has been uncertainty and lack of predictability, increasing transaction costs for small businesses. At the same time, however, there is no evidence that veil piercing has been rigorously applied to effect socially beneficial policy outcomes. Judges typically seem to be concerned more with the facts and equities of the specific case at bar than with the implications of personal shareholder liability for society at large”.

¹⁴⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 116.

¹⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 243-244.

Em virtude desse cenário, não demorou para que despertasse um movimento em sentido oposto. Logo se observou uma tendência de conformação da desconsideração contemporânea, buscando limitar os seus excessos e reestabelecer a importância da configuração dos pressupostos clássicos para fundamentar a sua aplicação no caso concreto¹⁴⁶.

Essa mudança de direção para uma “reconsideração” da personalidade jurídica¹⁴⁷ alcançou até mesmo o plano legislativo, que passou a tratar de maneira mais detalhada dos requisitos e procedimentos para a sua utilização. Cite-se, por exemplo, a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 2015, que determinou a observância de contraditório prévio e efetivo, bem como a necessidade de demonstração dos pressupostos legais específicos para a configuração do instituto¹⁴⁸.

Assim, atualmente, observa-se o resgate da importância da limitação da responsabilidade patrimonial e a busca por um equilíbrio entre a sua preservação e a punição de comportamentos exorbitantes. É justamente nesse contexto que se insere a LLE, a ser estudada nos capítulos subsequentes.

¹⁴⁶ Não se pode deixar de mencionar, nesse sentido, a proposta de Leonardo Parentoni quanto à construção de novos pressupostos direcionados para o uso adequado da desconsideração contemporânea. Assim, além dos cinco já mencionados pressupostos estabelecidos pelo autor, foram adicionados mais três: a impossibilidade de interpretação meramente literal dos dispositivos legais que a consagram (não se confunde com a solidariedade ou com a responsabilidade objetiva); o alcance apenas a quem tinha ciência dos riscos que o legislador deseja prevenir e condições efetivas de evitar a sua concretização; e a impossibilidade de interpretação analógica entre as regras que disciplinam a desconsideração clássica e a contemporânea. (PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 67-71).

¹⁴⁷ Conforme Parentoni, o termo “reconsideração da personalidade jurídica” é atribuído a Haroldo Verçosa: “Da desconsideração generalizada da personalidade jurídica, tal como se tem verificado em diversas áreas do Direito, deve-se passar à sua ‘reconsideração’, com o fortalecimento da atividade empresarial”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades; As Sociedades em Espécie do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105 *apud* PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 172.

¹⁴⁸ Assim ressaltou Parentoni, ao tratar do então Projeto do Código Civil de 2015. PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 149-151.

3 A CONFUSÃO PATRIMONIAL COMO HIPÓTESE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 A origem da confusão patrimonial como hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica

O surgimento da noção de confusão patrimonial está intimamente relacionado à evolução da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e à sua aplicação pela jurisprudência, tanto estrangeira quanto nacional. Por tal razão, é necessário, inicialmente, pormenorizar o desenvolvimento das primeiras correntes que se estabeleceram acerca da desconconsideração e o tratamento por elas conferido aos casos de mistura de patrimônios entre sócio e sociedade.

Como visto, a técnica da desconconsideração da pessoa jurídica foi criada como forma de combater os abusos do direito de limitação da responsabilidade patrimonial, a fim de preservar os interesses dos credores e a segurança do mercado econômico. Sua aplicação consiste em suspender a eficácia da responsabilidade limitada em determinado caso concreto, permitindo que um centro autônomo de imputação responda pelas obrigações contraídas por outro.

Tal compreensão, todavia, é fruto de um amadurecimento teórico da *disregard doctrine*. Sabe-se que o seu surgimento, no seio da jurisprudência norte-americana, foi pautado pela obsoleta ideia de que a limitação da responsabilidade decorria automaticamente da personalidade jurídica. A desconconsideração, em razão disso, foi desenvolvida com o objetivo de assegurar o uso adequado da pessoa jurídica, em observância às funções para as quais foi criada¹⁴⁹.

Nesse sentido, as primeiras decisões proferidas pelas cortes americanas se baseavam no entendimento de que “a personalidade jurídica pode ser ignorada em certos casos, podendo a lógica dos efeitos de tal personalidade ser sacrificada no caso de determinadas razões essenciais, como a necessidade de defender ou

¹⁴⁹ Assim afirmou Rolf Serick ao analisar a jurisprudência norte-americana (SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 137 e 254). No mesmo sentido: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 196-197.

proteger interesse público”, conforme destacou Lamartine¹⁵⁰ ao analisar o julgamento do caso *Berkey v. Third Avenue Railway Company* pela Suprema Corte do Estado de Nova Iorque¹⁵¹. É de se notar que os julgados que inauguraram a chamada *disregard doctrine* estavam empenhados em garantir ideais de justiça, por meio de análises econômicas, não se preocupando com a observância de formas jurídicas, pressupostos, ou mesmo com os limites dessa relativização da personalidade¹⁵².

Com o tempo, a busca pelo estabelecimento de critérios para a incidência da desconsideração fez com que a jurisprudência começasse a se uniformizar e a exigir o preenchimento de pressupostos especialmente relacionados ao descumprimento das finalidades das leis que instituíram a pessoa jurídica¹⁵³. Em razão disso, a doutrina que primeiro sistematizou a teoria da desconsideração, por se pautar na análise das decisões norte-americanas, foi nitidamente influenciada pela noção de inobservância dos fins e princípios basilares do ordenamento jurídico relacionados à personificação¹⁵⁴.

Deveras, a obra de Rolf Serick¹⁵⁵, de 1953, é claro exemplo dessa influência. Em linhas gerais, ao criticar a desordem dos critérios jurisprudenciais e a adoção de fundamentos genéricos pelo aplicador do Direito¹⁵⁶ – como equidade, boa-fé e justiça do caso concreto –, o autor alemão pretendeu estabelecer preceitos gerais autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica. Sua teoria partia do fundamento de que a separação entre a pessoa jurídica e seus membros deveria ser encarada como regra geral do sistema, sendo o rompimento dessa autonomia,

¹⁵⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 268-269.

¹⁵¹ Disponível em: <<https://casetext.com/case/berkey-v-third-avenue-railway-co-1>>. Acesso em 14 de maio de 2020.

¹⁵² 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. 205; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 270.

¹⁵³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 270.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 271.

¹⁵⁵ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966.

¹⁵⁶ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 19-20. “D'altra parte però anche decisioni che hanno rettamente disconosciuto la forma della persona giuridica, mancano di un sicuro fondamento dogmatico, venendo esse, di regola, fondate solamente su considerazioni di equità”. E, ainda: “(...) si recorre in misura rilevante a formule di carattere generale ed a modi di dire quanto mai elastici come ‘forza della realtà’, ‘buona fede’, ecc., formule con le quali può ben motivarsi ogni affermazione, ma senza, in definitiva, convincere alcuno”.

hipótese excepcional, a ser utilizada apenas quando se verificasse o abuso da forma da pessoa jurídica¹⁵⁷.

Na visão de Serick, é importante notar que o abuso se caracterizava pelo exercício do instituto de modo contrário às funções para as quais foi criado, acompanhado de um elemento subjetivo, qual seja, a intenção do sujeito de agir de maneira fraudulenta, contrária ao ordenamento jurídico¹⁵⁸. Por isso, sua teoria ficou conhecida como teoria subjetiva da desconsideração. A partir dessa noção, Serick procurou sistematizar os casos em que a regra da separação entre pessoa jurídica e pessoas-membros era excepcionada pelas decisões judiciais (americanas e alemãs), destacando duas principais hipóteses: os casos de fraude à lei e os casos de fraude a obrigações contratuais.

Para além disso, o jurista destacou a incidência da desconsideração da personalidade jurídica também nas situações por ele designadas de “danos fraudulentos a terceiros”¹⁵⁹. Dentre elas, Serick contemplou as hipóteses de mistura patrimonial, que restariam configuradas quando não fosse possível distinguir de maneira clara o patrimônio social do patrimônio dos membros – especialmente em se tratando de sociedade unipessoal, por meio do aporte impróprio de capital social. Mesmo nesse caso, contudo, Serick afirmava a necessidade do elemento subjetivo, de modo que a mistura de patrimônios somente ensejaria a superação da pessoa jurídica quando houvesse o intuito do sócio de causar danos a terceiros¹⁶⁰.

Nesse sentido, observa-se que a temática da confusão patrimonial esteve presente desde os primórdios da teoria da desconsideração, porém permeada pelos princípios subjetivos que vigoravam na época. Com efeito, a *disregard doctrine* surge “como um conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação ao princípio da separação patrimonial”, como afirmou Calixto Salomão Filho¹⁶¹.

¹⁵⁷ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 275. “Se si abusa della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra socio e persona giuridica”.

¹⁵⁸ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 25.

¹⁵⁹ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 275. “Esiste abuso quando, attraverso lo strumento della persona giuridica, si cerca di eludere una legge o di sottrarsi ad obbligazioni contrattuali o di danneggiare fraudolentemente dei terzi”.

¹⁶⁰ SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966, p. 61-62. “Un'altra possibilità di danneggiare fraudolentemente i terzi sfruttando la forma della persona giuridica, è offerta, particolarmente nei casi di società unipersonali, dall'istituto del prestito da parte del socio. (...) a mezzo del quale si volevano danneggiare gli effettivi creditori della persona giuridica, come un conferimento improprio di capitale sociale, e, come tale, non ripetibile”.

¹⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 210.

Buscando refutar a teoria de Rolf Serick, mas reconhecendo a importância de seus trabalhos, surgiu uma segunda corrente doutrinária, inaugurada em 1957 pelo também alemão Müller-Freienfels. Para o autor, ao contrário do esquema de regra e exceção de Serick, a desconsideração da personalidade jurídica dependeria de análise casuística e deveria ser entendida como um problema de aplicação da norma jurídica. Nesse sentido, Müller-Freienfels afirmou a necessidade de se verificar o sentido e o objetivo da lei ao regular determinada matéria, a fim de identificar quais os valores e interesses deveriam, de fato, ser protegidos pelo Direito¹⁶².

A partir dessa visão, o jurista sintetizou a incidência da desconsideração com base em dois critérios: a ordem pública e a finalidade da norma¹⁶³. Assim, a superação da pessoa jurídica deveria ocorrer não apenas nos casos de fraude, quando houvesse a intenção do sujeito de contrariar os princípios do ordenamento, mas, também, nas “situações em que, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, [fosse] conveniente não levar em conta a personalidade jurídica”¹⁶⁴. Em outras palavras, Müller-Freienfels apresentou uma visão objetiva, segundo a qual bastaria a comprovação de uma violação à finalidade originária da lei – quanto ao princípio da separação entre sócio e sociedade – para a aplicação da técnica da desconsideração, não havendo que se perquirir a existência de elementos intencionais¹⁶⁵.

O desenvolvimento da teoria objetiva teve especial relevância no tocante ao tema da mistura patrimonial. Considerando-se que a função da pessoa jurídica “consiste na criação de um centro de interesses autônomo”, a ideia de “desvio de

¹⁶² Sobre a teoria de Müller-Freienfels: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 357-367; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 217; 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. 221-224; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 16-18.

¹⁶³ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 18.

¹⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 217.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 364.

No mesmo sentido, tratando da teoria da finalidade da norma, Warde Jr. afirma: “O emprego da norma leva a uma necessária redução teleológica da regra de separação (conforme prevista nos §§ 13 II GmbHG, 1 I AktG). Só assim – conhecida a finalidade do princípio da separação – o privilégio da limitação de responsabilidade pode ser afastado”. (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. 222).

função” permitiu que se visualizasse a desconsideração não apenas nos casos de fraude à lei, mas sempre que a separação patrimonial fosse de algum modo desrespeitada¹⁶⁶.

No Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida, em 1969, pelo trabalho de Rubens Requião¹⁶⁷, que, como já analisado, procurou expor as doutrinas estrangeiras, notadamente a teoria subjetiva de Rolf Serick. Também partindo da constatação de uma crise relacionada à pessoa jurídica – que, na época, era intimamente ligada à limitação da responsabilidade, por uma relação de causalidade –, Requião fixou como base para a *disregard* a ocorrência de fraude ou abuso de direito e citou exemplos de sua aplicação pela jurisprudência brasileira, ainda que de maneira inconsciente¹⁶⁸.

Dentre eles, destaca-se, a título ilustrativo, o caso da penhora de bens do Hospital Coração de Jesus S/A em razão de dívida contraída pela pessoa física de seu diretor (o executado). Conforme detalhou Requião, o Tribunal de São Paulo, em sede de apelação, entendeu pela existência de confusão patrimonial entre a pessoa física e a pessoa jurídica (o hospital), em evidente prejuízo aos credores daquela, o que autorizaria uma típica hipótese de desconsideração para obter “bens particulares que garantiam a execução, mas estavam encobertos e disfarçados, como bens sociais, pelo véu da personificação da sociedade”¹⁶⁹. Ainda segundo o autor, teria havido o mau uso da personalidade jurídica, configurando-se o abuso de direito¹⁷⁰

¹⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 309.

¹⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12-24.

¹⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12-24. “Não encontramos na jurisprudência de nossos tribunais, malgrado dedicada pesquisa, uma referência sequer à doutrina da desconsideração ou da penetração da personalidade jurídica das sociedades comerciais, quer nas chamadas sociedades de pessoas, quer nas sociedades de capital. Mas, é curioso verificar, como já iremos demonstrar, que muitos magistrados, seguindo um eticismo próprio das soluções equitativas, deram início, talvez sem esse propósito consciente, à edificação do que na jurisprudência anglo-saxônica se passou a chamar ‘disregard of the legal entity’ e que tanta repercussão causou na Europa, através da tese do Prof. Rolf Serick”.

¹⁶⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12-24.

¹⁷⁰ Para definir o abuso de direito, Rubens Requião se vale da conceituação de Pedro Batista Martins: “O titular de um direito que, entre vários meios de realiza-lo, escolhe precisamente o que, sendo mais danoso para outrem, não é o mais útil para si, ou mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas”. (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12-24).

“desde o momento em que o acionista e diretor quis pelo véu da pessoa jurídica encobrir a responsabilidade das obrigações individuais que assumiu”.

Tal leitura demonstra o alinhamento de Requião à teoria subjetiva, tendo em vista a relevância conferida ao elemento intencional da conduta do sujeito, mesmo em se tratando de nítida mistura patrimonial. Ademais, ainda que inegável a importância do artigo do professor paranaense para o tratamento da desconsideração no Direito brasileiro, observa-se que, naquele momento, o foco era mesmo a inauguração da teoria em âmbito nacional, não havendo preocupação quanto ao delineamento de seus requisitos e suas hipóteses de configuração – por exemplo, a confusão patrimonial.

Com efeito, foi Fábio Konder Comparato, quase uma década depois (1977), o responsável por desenvolver a temática no contexto brasileiro, partindo de uma análise consideravelmente influenciada pelo objetivismo de Müller-Freienfels. Para Comparato, a desconsideração da personalidade jurídica “é sempre feita em função do poder de controle societário”¹⁷¹ – elemento que ganhou destaque a partir do desenvolvimento do direito acionário. Segundo o autor, o desenvolvimento das sociedades por ações gerou um problema de responsabilização, tendo em vista a nova divisão de poderes da companhia e, notadamente, o fato de o acionista não responder pelas dívidas sociais (garantida pela sua condição de mero credor da sociedade). Veja-se o questionamento por ele levantado:

O que nas sociedades mercantis tradicionais constituía, destarte, uma responsabilidade do sócio, correspondente ao seu poder de gestão, na sociedade anônima transformou-se em simples risco sobre o montante do investimento acionário. Quem investe mais arrisca mais, porém não responde, em hipótese alguma, pelas dívidas sociais. O grande acionista tem maior poder decisório em assembleia, de acordo com o princípio capitalista da equivalência entre voto e quota de capital. Mas esse poder decisório, que pode ser soberano, quando o acionista é titular do controle, não acarreta, nunca, a supressão da rígida separação entre o seu patrimônio pessoal e o da companhia.¹⁷²

A partir dessa relação entre responsabilidade e poder de controle, Comparato criticou a insuficiência da corrente subjetiva da desconsideração, que se limitava às hipóteses de abuso do direito e fraude à lei, defendendo a necessidade de se fazer uma interpretação funcional da pessoa jurídica. Assim, para ele a

¹⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 308.

¹⁷² COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 373.

desconsideração deveria ocorrer nos casos de desvio de função da personalidade¹⁷³, que nem sempre corresponderiam à prática de ato ilícito.

Essa visão objetiva e funcionalista da pessoa jurídica de Comparato acarretou, ainda, a afirmação de que a confusão patrimonial seria o principal critério autorizador da desconsideração da personalidade jurídica. Tendo como pressuposto o enquadramento da pessoa jurídica como técnica (relativa) de separação de patrimônios, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo assim entendeu: “Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral”¹⁷⁴.

As conclusões trazidas por Comparato foram, portanto, fundamentais para a introdução no contexto brasileiro da temática da confusão patrimonial como requisito para a desconsideração da personalidade jurídica, independentemente da existência de elementos intencionais por parte dos agentes. Entretanto, é evidente que suas lições estavam mais voltadas a justificar a incidência da teoria da desconsideração, não se aprofundando na análise da ocorrência da mistura de patrimônios no caso concreto, sua natureza jurídica, conceito e requisitos. Naquele momento, o foco se concentrava nos problemas aparentemente causados pelo reconhecimento e adoção da personalidade jurídica nos diversos ordenamentos.

O caráter incipiente da doutrina brasileira também era verificado na jurisprudência, de maneira ainda mais patente. A análise das decisões judiciais

¹⁷³ Para o autor, “toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e específicas. 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”. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 309).

Ademais, em seus comentários à obra, Calixto Salomão Filho complementa que: “Do ponto de vista organizativo, essa disfunção ocorrerá sempre que o comportamento do sócio ou a relação estabelecida torna inútil ou ineficaz a organização societária. É esse núcleo central, bastante genérico, que permite identificar um problema idêntico, i. e., necessidade de atribuição das relações jurídicas a pessoa diversa da que dela participou, em situações tão díspares quanto a atribuição de poderes e faculdades contratuais específicas e a definição de responsabilidade”. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 309-310, nota de texto 65).

¹⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 388.

realizadas por Lamartine¹⁷⁵, em 1979, demonstra justamente a ausência de critérios seguros para a determinação da suspensão da eficácia da separação entre pessoa jurídica e pessoa física e o descompasso dos julgados com o próprio desenvolvimento doutrinário. Segundo o autor, eram raras as menções às teorias da desconsideração e pouco se preocupava com o estabelecimento de pressupostos para a sua aplicação nos casos concretos¹⁷⁶. Confira-se:

De um modo geral, os arestos e decisões têm apenas – quando a têm – uma vaga consciência das teses do *disregard* e do *Durchgriff*, parecendo tudo ignorar a respeito das polêmicas que em outras terras lavram a respeito dos verdadeiros fundamentos e limites da admissibilidade da desconsideração. Ora, um exato conhecimento dos rumos e das polêmicas teóricas é fundamental para um exato posicionamento do julgador. Jurisprudência e Doutrina devem reciprocamente exercer influência que faça o Direito progredir em linha de crescente adequação às exigências da Justiça para a vida concreta do homem. Se uma Doutrina que desconheça os rumos e tendências dos tribunais é uma Doutrina distanciada da vida, uma Jurisprudência que ignore os rumos, as polêmicas, as hesitações da Doutrina, será uma Jurisprudência desarmada de instrumental científico.¹⁷⁷

No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho ressaltou, já em 1998, que as decisões proferidas na vigência do Código Civil de 1916 se centravam no problema a respeito da função da personalidade jurídica, de modo que a jurisprudência brasileira não se classificava “segundo o tipo de atuação a justificar a desconsideração (confusão de esferas, subcapitalização ou abuso de forma), mas segundo o funcionamento jurídico invocado para fundamentar a não-consideração da personalidade jurídica societária”¹⁷⁸. De acordo com as pesquisas do autor, a

¹⁷⁵ Ressalte-se que Lamartine também baseia a aplicação da desconsideração em uma “crise de função da pessoa jurídica”, especialmente da separação patrimonial. Nesse sentido: “Na verdade, o que as páginas seguintes irão demonstrar é a existência de uma crise de função da pessoa jurídica de Direito Privado. De modo especial, da função das sociedades e, de modo ainda mais especial, das anônimas e das quotas de responsabilidade limitada. Não se trata de uma simples alteração de necessidades levando a uma utilização do instituto para necessidades novas, não previstas pelo legislador. Tal fenômeno é sempre possível, desde que as novas necessidades e a sua satisfação guardem relação de conformidade com os grandes princípios informadores do ordenamento jurídico. Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos. E da reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência – para o caso concreto em julgamento – do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 262-263).

¹⁷⁶ Segundo a análise de Lamartine, a desconsideração era aplicada pela jurisprudência brasileira em quatro hipóteses: fraude a dever contratual, fraude à lei, desconsideração apenas para limitados efeitos de natureza processual e extensão da responsabilidade aos sócios em caso de insolvência da sociedade (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 521-540).

¹⁷⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 541.

¹⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 230.

desconsideração só era admitida nos casos de expressa previsão legal – como na legislação trabalhista e no Código Tributário Nacional – ou quando restasse caracterizado o abuso ou a fraude à lei¹⁷⁹.

Em síntese, as primeiras teorias e aplicações da desconsideração, por terem surgido na tentativa de combater o mau uso da pessoa jurídica (em desconformidade com suas funções e finalidades), se dedicaram a fundamentar a necessidade de relativização da autonomia entre a pessoa coletiva e seus membros. Diante disso, não se preocupavam com o estabelecimento de critérios e limites para a desconsideração, seus pressupostos variavam casuisticamente e, muitas vezes, observava-se a aplicação simultânea de pensamentos subjetivistas e objetivistas.

Especificamente no que diz respeito à confusão patrimonial, é de se notar a sua menção, desde as primeiras hipóteses de superação da pessoa jurídica, como um dos seus principais fatores, representando uma oposição ao princípio da separação entre sócio e sociedade. Todavia, conforme a visão adotada, a confusão patrimonial ora dependia da existência do elemento subjetivo intencional de prejudicar terceiros, ora a sua simples configuração era suficiente para justificar a incidência da desconsideração. Em ambos os casos, a concepção de mistura de patrimônios era invocada de maneira genérica, sem que se especificasse quais elementos fáticos deveriam estar presentes para a sua comprovação.

Era necessário, portanto, esclarecer os seguintes questionamentos: quais são os pressupostos autorizadores da superação da personalidade jurídica no caso concreto? A confusão patrimonial constitui, de fato, requisito para a desconsideração? Ela sempre autoriza a aplicação do instituto? É necessário provar alguma espécie de dolo ou intenção de prejudicar terceiros? Como se demonstra a sua ocorrência fática? Afinal, o que seria a confusão patrimonial?

3.2 A confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica conforme a redação original do Código Civil brasileiro de 2002

¹⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 229-233.

Não há como negar a importância da primeira doutrina que tratou da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, introduzindo a temática no contexto nacional e apontando as primeiras discussões existentes quanto à necessidade de relativização dos direitos adquiridos por meio da personificação dos entes. Todavia, restavam questionamentos especialmente quanto à caracterização fática dos pressupostos autorizadores da desconsideração, dentre eles, a confusão patrimonial.

Observou-se, assim, no final do século XX, o surgimento de uma nova doutrina, com um olhar crítico sobre as teorias pioneiras e com a pretensão de analisar de maneira aprofundada as hipóteses de superação da pessoa jurídica, estabelecendo critérios mais objetivos para a sua aplicação. São notórios, nesse sentido, os trabalhos de Marçal Justen Filho¹⁸⁰, Osmar Brina Corrêa-Lima¹⁸¹, Fábio Ulhoa Coelho¹⁸², Calixto Salomão Filho¹⁸³ e Alexandre Couto Silva¹⁸⁴.

Os referidos autores cuidaram de sistematizar as concepções subjetiva e objetiva da desconsideração e passaram a estudar as hipóteses de incidência do instituto, por meio de análises jurisprudenciais. Esse esclarecimento era fundamental, como afirmou Marçal Justen Filho: “de nada servirá reprovar o abuso da pessoa jurídica se não for possível definir quando e como ocorrerá tal abuso”¹⁸⁵. No mesmo sentido, Salomão Filho, por exemplo, procurou definir os casos paradigmáticos da desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade, mencionando três hipóteses: a confusão de esferas, a subcapitalização e o abuso de forma¹⁸⁶.

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

¹⁸¹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada*. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, v. 6, p. 225-229, 1999.

¹⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

¹⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁸⁴ SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. (A primeira edição desta obra foi publicada em 1999).

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 99.

¹⁸⁶ Segundo o autor, “a confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas”. Já a subcapitalização é dividida por Salomão em subcapitalização simples e qualificada. “Na última, o capital inicial é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da

Ademais, os doutrinadores modernos foram responsáveis por introduzir a distinção entre a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a prerrogativa da limitação de responsabilidade. Gradualmente, o foco da *disregard doctrine* deixava de ser a personalidade e se deslocava para a responsabilidade limitada. Assim asseverou Alexandre Couto Silva: “Outro requisito importante para viabilizar a aplicação da teoria da desconsideração é a existência de responsabilidade limitada. Poucos doutrinadores detiveram-se neste aspecto para melhor explicar a teoria”¹⁸⁷.

Paralelamente ao desenvolvimento da doutrina moderna, discutia-se o Projeto de Lei n. 634/75, que deu origem ao Código Civil de 2002. Como se sabe, antes da promulgação do Código Civil de 2002, outras leis já traziam dispositivos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso da legislação trabalhista¹⁸⁸ e do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁹. Todavia, era fundamental a positivação do tema no Código Civil, por se tratar da lei geral do Direito Privado, aplicando-se genericamente a todas as relações jurídicas privadas.

A tramitação do PL n. 634/75 contou com a contribuição crítica dos dois principais teóricos das correntes subjetiva e objetiva da desconsideração, Rubens Requião e Fábio Konder Comparato¹⁹⁰. Além disso, tendo em vista o longo período de duração das discussões, até que fosse aprovado o Código Civil de 2002, houve ainda influência da doutrina moderna, o que se observa em especial na sugestão

atividade social e conseqüentemente o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Quando, ao contrário, a subcapitalização não é evidente, é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou dolo do(s) sócio(s) com não prover o capital suficiente à atividade social”. Para ele, a desconsideração somente deveria ser admitida nos casos de subcapitalização evidente, qualificada, uma vez que o legislador brasileiro não fixa capital mínimo para a constituição da sociedade. Por fim, o autor menciona o abuso de forma individual, no qual “há a utilização da personalidade jurídica com o objetivo de causar dano a terceiro” (critérios subjetivos); e o abuso de forma institucional, caracterizado pela “utilização do privilégio da responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 221-222).

¹⁸⁷ SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

¹⁸⁸ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. “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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”.

¹⁸⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Art. 28, § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

¹⁹⁰ Sobre o anteprojeto do Código Civil e a tramitação do PL n. 634/75, cf.: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 555-558; SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141-149.

encaminhada ao Senado Federal por Marcelo Gazzí Taddei, com orientação do professor Luiz Antônio Soares Hentz, que culminou na apresentação da Emenda n. 14 (correspondente à Emenda n. 375) pelo Relator Josaphat Marinho¹⁹¹. Tal emenda foi responsável por conferir a redação original do art. 50 do Código Civil de 2002, no seguinte sentido:

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

Com efeito, da leitura do dispositivo é possível observar a existência de aspectos típicos da teoria subjetiva – como a noção de abuso da personalidade – e, ao mesmo tempo, de caracteres derivados da teoria objetiva – por exemplo, a menção à confusão patrimonial. Outrossim, verifica-se que, seguindo a tendência das teses modernas, o legislador procurou estabelecer contornos mais precisos para a desconsideração, introduzindo definição que, segundo Salomão Filho, “[contribuiu] para colocar a questão da desconsideração em moldes teóricos mais corretos”¹⁹².

É importante notar, ainda, que o Código Civil, ao positivizar a chamada teoria maior da desconsideração ou desconsideração clássica, foi o primeiro preceito legal a prever expressamente a confusão patrimonial como hipótese de abuso da personalidade jurídica¹⁹³. Todavia, nesse primeiro momento, o legislador não cuidou de conceituar o fenômeno, ou mesmo de definir a sua ocorrência fática, deixando tal tarefa a cargo do aplicador do Direito.

Ocorre que, da análise doutrinária após a publicação do Código Civil de 2002, não foi possível verificar a existência de estudos voltados para a sistematização teórica da confusão patrimonial, conforme bem destacou João Pedro Scalzilli – o primeiro a tratar da matéria em sua tese de doutoramento no ano de 2014. Assim observou o autor:

¹⁹¹ Nesse sentido, conferir: SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 144.

¹⁹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 233.

¹⁹³ Para Leonardo Parentoni, a previsão da confusão patrimonial, assim como do desvio de finalidade, pelo art. 50 do Código Civil, tem como objetivo a delimitação do alcance da teoria da desconsideração, criando parâmetros para a sua aplicação. Segundo ele, “todas estas expressões, em última análise, constituem desdobramentos do quarto pressuposto histórico, consistente na malversação de esferas decisórias ou patrimoniais”. PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 169-170.

Malgrado o Código Civil, em seu art. 50, tenha apontado, expressamente, a confusão patrimonial como hipótese de abuso da personalidade jurídica, autorizando ao juiz, nesse caso, a aplicar a desconsideração, não há no *Codex* nem na legislação esparsa, tampouco na doutrina de que temos conhecimento, qualquer tentativa satisfatória de conceituação do fenômeno, assim como também não há qualquer esboço de sistematização de uma teoria que suporte a sua aplicação.

Com efeito, usualmente, citam-se exemplos ou mesmo indícios da sua ocorrência, mas tal qual não se pode explicar uma enfermidade por seus sintomas ou efeitos, não se pode querer delimitar a confusão patrimonial apenas relacionando os atos que podem caracterizá-la ou mesmo os indícios de que ela esteja ocorrendo.¹⁹⁴

De fato, tem razão Scalzilli ao afirmar ser comum a menção apenas a variados exemplos e indícios de confusão patrimonial. Por conseguinte, as decisões jurisprudenciais brasileiras sobre a desconsideração da personalidade, proferidas após a vigência do Código Civil de 2002, se limitam a apontar a ocorrência do fenômeno, mas não explicam os pormenores de sua configuração ou os seus pressupostos. Exemplificativamente, verificam-se julgados que deferiram a desconsideração com base no critério da confusão patrimonial em razão da ocorrência dos seguintes indícios¹⁹⁵: repasses de valores da pessoa jurídica para empreendimento de titularidade do sócio e para seus familiares¹⁹⁶, oferecimento de bens de titularidade de outra pessoa jurídica da qual a pessoa física também é membro para penhora¹⁹⁷, circulação de estoque entre estabelecimentos¹⁹⁸, aquisição

¹⁹⁴ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 77.

¹⁹⁵ Indícios similares foram mencionados por SCALZILLI em pesquisa abrangendo outros tribunais, como TJRS, TJSP e TJPR. Conferir: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 116-123.

¹⁹⁶ “Destarte, conclui-se à evidência, que o sr. José Xavier Nogueira, na qualidade de administrador, realizou inúmeros repasses de valores das empresas Frigoneto Ltda e Comercial Alípio de Melo para frigorífico próprio e para integrantes de sua entidade familiar, fatos estes que demonstram claramente o abuso da personalidade jurídica e confusão patrimonial com a finalidade de ocultar seu patrimônio pessoal, causando inequívoco prejuízo aos credores”. (TJMG, 17ª Câmara Cível, AC 1.0002.04.001553-5/001, Relator Des. Irmair Ferreira Campos, j. 08/10/2009).

¹⁹⁷ “Outro lado, presente está a confusão patrimonial prevista no artigo 50 do Código Civil, eis que a agravante está a oferecer bem de propriedade de outra empresa, que tem a mesma sócia da agravante, o que, por si só, possibilita a desconsideração pleiteada”. (TJMG, 15ª Câmara Cível, AI 490.852-9, Relator Des. Mota e Silva, j. 28/04/2005).

¹⁹⁸ “Os depoimentos dos funcionários da falida apontam a implementação de vultosa e constante circulação de estoque entre os diversos estabelecimentos citados, configurando desvio de finalidade e confusão patrimonial entre as mesmas”. (TJMG, 7ª Câmara Cível, AI 1.0024.03.058217-5/007, Relator Des. Wander Marotta, j. 18/05/2004).

de bens para uso particular do sócio¹⁹⁹, dissolução irregular da sociedade²⁰⁰, inexistência de numerário em contas da sociedade²⁰¹, pagamentos decorrentes de contrato firmado com a pessoa jurídica destinados diretamente à pessoa física²⁰², emissão de cheque de titularidade do sócio para pagamento de dívida da sociedade²⁰³, formação de grupo societário²⁰⁴, defesa de direitos de terceiros em nome da pessoa jurídica²⁰⁵, entre outros.

¹⁹⁹ STJ, REsp 948.117/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 03/08/2010.

²⁰⁰ “Há, na espécie, fortes indícios de dissolução irregular, posto que as provas dos autos demonstram que a sociedade executada não foi encontrada no endereço constante da Junta Comercial e Receita Federal, nem localizados bens penhoráveis ou valores em conta corrente de sua titularidade, o que levaria a inferir insolvência e confusão patrimonial, ou seja, que ela estaria operando através das contas de seus sócios ou “laranjas”, o que autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica”. (TJMG, 17ª Câmara Cível, AI 1.0543.07.002231-3/001, Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 17/05/2012). No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendia à época que “a existência de indícios do encerramento irregular das atividades da empresa executada autoriza o redirecionamento do feito executório à pessoa do sócio” (Precedentes: AgRg no REsp n. 643.918/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16/05/2005; REsp n. 462.440/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 18/10/2004; e REsp n. 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19/12/2003). Mais recentemente: TJMG, 17ª Câmara Cível, AI 1.0518.17.013261-8/001, Relator Des. Roberto Vasconcellos, j. 31/01/2019.

²⁰¹ “Por outro lado, a inexistência de numerário em contas da agravada (f. 19-21, TJ), leva à inarredável conclusão da existência de confusão patrimonial, estando a operar através de seus sócios ou “laranjas”, posto que é inadmissível que uma sociedade empresária não tenha contas ativas, com numerário em caixa para fazer compras, efetuar pagamentos, enfim, realizar os objetivos para os quais foi criada, sendo certo que ela ainda se encontra ativa, conforme documento de f. 34, TJ”. (TJMG, 17ª Câmara Cível, AI 1.0079.09.926832-2/004, Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 15/12/2011).

²⁰² “(...) não se podendo, portanto, ignorar a situação de confusão patrimonial estabelecida no presente caso, haja vista que os pagamentos efetuados pelos consumidores são destinados diretamente à pessoa física que a administra e não à conta bancária da empresa, a qual se encontra sem saldo positivo (fls. 69-TJ)”. (TJMG, 18ª Câmara Cível, AI 1.0702.07.392565-4/004, Relator Des. Arnaldo Maciel, j. 29/11/2011).

²⁰³ “O cheque de fl. 20, de titularidade do sócio José Júlio Mendonça Uchoa, emitido quando o apelado foi cobrar o que lhe era devido é determinante para comprovar a confusão patrimonial dos sócios com a sociedade empresária, a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de permitir a responsabilização solidária entre a sociedade e seus sócios”. (TJMG, 13ª Câmara Cível, AC 1.0024.08.100351-9/001, Relator Des. Alberto Henrique, j. 03/11/2011).

²⁰⁴ “No entanto, no caso em exame, após detida análise dos autos, entendo ter razão o agravante, uma vez que sobejamente demonstrado nos autos que as mencionadas empresas estão em evidente estado de confusão patrimonial, sendo gerenciadas pelo mesmo grupo familiar, sendo que a agravada não possui bens em seu nome, uma vez que estes foram incorporados pela empresa Royal Empreendimentos”. (TJMG, 12ª Câmara Cível, AI 1.0024.08.255812-3/001, Relator Des. Alvimar de Ávila, j. 05/10/2011). Ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendia “ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal” (Precedentes: RMS 12.872/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 16/12/2002; REsp n. 1.071.643/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 13/04/2009; RMS 29.697/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJ de 01/08/2013).

²⁰⁵ “Portanto, parece-me que dúvida não existe quanto à confusão patrimonial, pois se a ação foi ajuizada em face da sociedade empresária City Tech Franchising Ltda., a ela competia, e não à Nacional Indústria e Comércio de Produtos de Informática Ltda. - ME apresentar impugnação, embora tais sociedades tenham sócios comuns”. (TJMG, 10ª Câmara Cível, AC 1.0134.10.016256-6/008, Relator Des. Vicente de Oliveira Silva, j. 05/07/2016).

Em todos esses casos, as decisões apenas afirmaram casuisticamente que tais indícios configurariam confusão patrimonial, não havendo qualquer esclarecimento quanto à definição do fenômeno, os efeitos decorrentes de tais condutas, a necessidade da existência ou não de elemento intencional dos agentes, ou a medida da mistura de patrimônios necessária para a sua comprovação no caso concreto. Todos esses fatores foram constatados pelos julgadores à luz do caso concreto, sem o amparo conceitual devido.

Da mesma forma, nos casos em que a confusão patrimonial foi alegada, mas a desconsideração foi indeferida pelos Magistrados, os julgados unicamente concluíram pela ausência de indícios suficientes para a comprovação da mistura de patrimônios, sem maiores fundamentações. Entre as decisões nesse sentido, destacam-se, por exemplo, as hipóteses de encerramento da atividade sem baixa na Junta Comercial²⁰⁶, mudança de endereço da empresa²⁰⁷, não localização de bens e esvaziamento do patrimônio²⁰⁸, ou, ainda, decisões genéricas quanto à falta de provas²⁰⁹.

Em suma, o critério da confusão patrimonial, trazido expressamente pelo Código Civil de 2002, tem sido utilizado pelas decisões judiciais sem qualquer suporte teórico ou parâmetros específicos. Há, na verdade, a menção casuística de situações

²⁰⁶ “O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios”. (STJ, REsp 876.974/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 27/08/2007).

²⁰⁷ “Pelo acervo probatório pode-se inferir apenas que a sociedade não exerce mais suas atividades no local previsto em seu contrato social, o que decorreu inclusive da retomada do imóvel perpetrada na presente ação de despejo, não sendo tal mudança ato suficiente para a caracterização do desvio da finalidade ou da confusão patrimonial”. (TJMG, 9ª Câmara Cível, AI 1.0024.98.062360-7/001, Relator Des. Pedro Bernardes, j. 10/01/2012). No mesmo sentido, o STJ: “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”. (STJ, REsp 970635, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01/12/2009).

²⁰⁸ “No caso sob julgamento, o fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica limita-se a suposto esvaziamento do patrimônio da sociedade, ante a frustração da penhora eletrônica via BACEN-JUD (f. 23-24-TJ). Tal circunstância, por si só, não é suficiente para preencher os requisitos já elencados para o deferimento de medida que, como dito, reveste-se de caráter excepcional. Há que se distinguir o empresário que desvia a finalidade ou confunde seu patrimônio com o da pessoa jurídica daquele que enfrenta momento adverso nos negócios. Do contrário, permitir a desconsideração simplesmente pela insuficiência patrimonial é fazer letra morta da personalidade da pessoa jurídica, instituto pensado para fomentar a atividade empresarial”. (TJMG, 18ª Câmara Cível, AI 1.0024.05.729828-3/001, Relator Des. Elpídio Donizetti, j. 07/02/2012).

²⁰⁹ “No caso, não ficou demonstrado o abuso de direito praticado pelos sócios, não havendo prova de que os sócios do agravado tenham constituído a empresa com o fim específico de fraudar a terceiros, de confusão patrimonial ou desvio de finalidade”. (TJMG, 10ª Câmara Cível, AI 1.0707.07.148371-3/001, Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 15/05/2012). No mesmo sentido: TJMG, 13ª Câmara Cível, AI 1.0024.09.501885-9/001, Relator Des. José de Carvalho Barbosa, j. 03/12/2015; TJMG, 10ª Câmara Cível, AI 1.0520.13.003377-9/001, Relator Desa. Mariangela Meyera, j. 07/02/2017.

que podem ou não representar indícios da ocorrência do fenômeno. Em consequência, observa-se um cenário de insegurança jurídica quanto à configuração fática da mistura de patrimônios, não sendo possível saber de antemão se determinada conduta será ou não considerada como caracterizadora de confusão patrimonial, a ensejar a aplicação da desconsideração contemporânea da personalidade jurídica²¹⁰. Verifica-se, inclusive, a existência de decisões colidentes e a necessidade de uniformização constante por parte dos Tribunais²¹¹.

Cuida-se de um reflexo da falta de tratamento doutrinário conferido ao tema. Em que pese a constante evolução das interpretações, especialmente a partir das noções advindas do Código Civil de 2002, observa-se a ausência de metodologia e teorização acerca da confusão patrimonial. Como dito, até a publicação da tese de João Pedro Scalzilli, em 2014, não pôde ser identificado nenhum estudo doutrinário aprofundado e específico sobre a matéria, que explorasse a sua conceituação e sistematizasse as suas hipóteses de ocorrência e os seus meios de comprovação no caso concreto.

Em geral, os autores que publicaram após o advento do novo diploma civil permaneceram focados em explicar e analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tecendo breves comentários sobre os critérios trazidos pelo mencionado art. 50. Especificamente quanto à confusão patrimonial, como adverte Scalzilli, a maioria da doutrina a define como sendo o estado de promiscuidade existente entre o patrimônio de duas ou mais pessoas, cuja verificação, no caso concreto, autoriza a responsabilização daquele que não contraiu, originalmente, certa obrigação. Todavia, o próprio autor critica a insuficiência desse conceito²¹².

Deveras, o significado de promiscuidade não soluciona o problema da indeterminação teórica, mas o agrava. As incertezas subsistem e se multiplicam.

²¹⁰ Ressalte-se que a falta de esclarecimento quanto a essas questões interfere não apenas no desenvolvimento da atividade empresarial (em razão da necessidade de se saber se determinado comportamento é lícito ou não), mas na própria tarefa de comprovação processual do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

²¹¹ A título de exemplo, atualmente, já se entende que a formação de grupo societário ou a mera dissolução irregular da sociedade não são suficientes para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica – questões a serem analisadas no próximo capítulo.

²¹² Conferir: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 77-78. “Em primeiro lugar, porque promiscuidade é um conceito indeterminado. Em segundo lugar, porque o conceito de confusão patrimonial, por si só, é incapaz de tornar operacional a proteção jurídica que o Código quer conferir aos credores”.

Questiona-se, por exemplo, se a confusão patrimonial seria sinônimo de confusão de esferas, sendo ambas causas de desconsideração, ou se, ao contrário, seriam hipóteses distintas. Indaga-se, ainda, se a simples constatação da confusão patrimonial seria suficiente para autorizar a superação da pessoa jurídica, como defendeu Fábio Konder Comparato, ou se seria necessário demonstrar a existência de algum elemento intencional (subjetivo)²¹³. Entre outros questionamentos:

(...) o que é a confusão patrimonial? Quando se pode considerar que há confusão patrimonial no caso concreto? Qual a medida de intensidade para que se possa considerar que há confusão patrimonial? Quais são as causas da confusão patrimonial? Quais são os seus efeitos? Por qual razão o ordenamento considera antijurídica a confusão patrimonial? Ou seja, por que ela é nociva? Como prová-la? Quais são os remédios possíveis para evitá-la e combatê-la?²¹⁴

Não há como negar a importância da posituação da teoria maior da desconsideração pelo Código Civil de 2002, prevendo expressamente hipóteses de configuração de abuso da personalidade jurídica, dentre elas, a confusão patrimonial. A tentativa do legislador pátrio de delimitar a utilização do instituto, atribuindo-lhe bases objetivas de aplicação, todavia, restou prejudicada pela adoção de conceitos indeterminados. A ausência de definição quanto ao significado de confusão patrimonial, também observada na realidade doutrinária, permitiu uma ampla margem de discricionariedade ao aplicador do Direito, resultando em um cenário de insegurança e incerteza. Era necessário, portanto, a sistematização de uma teoria sobre o tema.

3.3 As construções teóricas da confusão patrimonial

3.3.1 Premissas iniciais

²¹³ O art. 50 do Código Civil determina que a confusão patrimonial seria hipótese de abuso da personalidade jurídica, o que gera discussão quanto à sua natureza, se seria uma causa objetiva ou subjetiva da desconsideração. A título de exemplo, Marlon Tomazette defende que “ao contrário do que possa parecer, nosso código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses do abuso de direito e da fraude”. O mesmo autor reconhece que existe posicionamento em sentido diverso, como o de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, ou, ainda, José Tadeu Neves Xavier, que defendem o acolhimento da teoria objetiva. (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1, p. 255).

²¹⁴ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 80.

Como ressaltado, mesmo após a previsão expressa no Código Civil de 2002, a confusão patrimonial não parece ter despertado a atenção da doutrina, ao longo dos anos, como foco de estudo específico e aprofundado. A ausência de delineamentos e de uma conceituação segura sobre o tema tornou-se motivo de insegurança, tendo em vista a sua reiterada aplicação pelos Tribunais – ainda que desprovida de base teórica – e, portanto, a inquestionável utilidade do instituto²¹⁵.

Foi justamente diante dessa constatação que João Pedro Scalzilli²¹⁶ publicou sua tese de doutorado, em 2014, consagrando uma teoria da confusão patrimonial. É de se notar também a importante influência da obra de Walfrido Warde Jr.²¹⁷ (2007), acerca da responsabilização dos sócios, que, a partir de uma abordagem histórica, contribuiu para a sistematização da crise da limitação de responsabilidade e para a própria compreensão do funcionamento desse mecanismo, especialmente no contexto da estrutura societária. A teoria que se apresentará a seguir conta, ainda, com a fundamental influência das bases clássicas anteriormente abordadas e de noções contemporâneas estabelecidas por autores como Leonardo Parentoni²¹⁸ e Gustavo Saad Diniz²¹⁹.

Para além disso, o estudo da confusão patrimonial, tal qual se apresenta no presente contexto, requer o esclarecimento de duas premissas iniciais. A primeira, no tocante à sua distinção em relação ao que se denomina confusão de esferas, e, a segunda, acerca do enquadramento do instituto como hipótese de abuso da limitação de responsabilidade. A compreensão preliminar desses pressupostos é, assim, indispensável para a abordagem teórica que se pretende construir.

²¹⁵ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 78.

²¹⁶ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

²¹⁷ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²¹⁸ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

²¹⁹ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

3.3.1.1 *Distinção entre confusão patrimonial e confusão de esferas*

Inicialmente, é importante observar que, antes do advento do Código Civil de 2002, alguns autores, como Calixto Salomão Filho²²⁰, mencionavam a chamada confusão de esferas como hipótese ensejadora da desconsideração da personalidade. Todavia, como se infere do art. 50 da codificação, o legislador optou por positivar a expressão confusão patrimonial, levantando questionamentos quanto à diferenciação entre as duas terminologias, para fins de incidência da desconsideração.

Com efeito, sabe-se que o patrimônio não pode ser confundido com a esfera jurídica de uma pessoa. De acordo com os fundamentos desenvolvidos no Capítulo 2, é possível resumir a noção de patrimônio como uma universalidade de direito formada pela reunião das relações jurídicas de cunho financeiro de um sujeito, com a finalidade de lhe permitir satisfazer suas necessidades econômicas, contraindo direitos e obrigações. A esfera jurídica, por sua vez, deve ser concebida de maneira mais ampla, englobando tanto os direitos patrimoniais do sujeito como os seus direitos de personalidade, devendo estes ser compreendidos como aqueles não apreciáveis economicamente²²¹.

A partir dessa distinção, e considerando que o conceito de esfera jurídica abrange o de patrimônio, já se extrai uma primeira constatação: aquilo que diz respeito aos direitos patrimoniais de uma pessoa, diz respeito também à sua esfera jurídica, porém o contrário não é verdadeiro. Ou melhor, nem tudo o que se refere à esfera jurídica do sujeito tem caráter econômico, não se relacionando, necessariamente, com o seu patrimônio.

Já no que diz respeito ao termo “confusão”, presente em ambos os conceitos, merece destaque o seu significado do ponto de vista semântico, conforme o Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa:

Confusão. *S. f.* 1. Ato ou efeito de confundir. 2. Estado daquilo que se acha confundido, misturado. 3. Falta de ordem ou método. 4. Incapacidade de reconhecer diferenças ou distinções. 5. Tumulto, barulho, barafunda. 6. *V. rolo* (14). 7. Falta de clareza. 8. Perturbação causada pela modéstia, pelo pudor, pela vergonha de alguma falta; enleio. 9. Perplexidade, hesitação. 10.

²²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 221.

²²¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 346. “O património distingue-se, pois, facilmente da esfera jurídica. Esta é a totalidade das relações jurídicas de que uma pessoa é sujeito. Abrange, assim, o património e os direitos e obrigações não avaliáveis em dinheiro (pessoais *hoc sensu*), encabeçados na pessoa”.

Jur. Extinção parcial ou total de certos direitos e obrigações em virtude de se reunirem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor.²²²

É de se notar, portanto, que a palavra “confusão” exprime a ideia de mistura e ausência de distinção ou de clareza. Mesmo no sentido jurídico empregado pelo direito das obrigações, está presente a noção de mescla ou fusão – no caso, de duas qualidades distintas em um único sujeito.

Assim, tomando a confusão patrimonial por um conceito preliminar, geralmente encontrado nos textos doutrinários, entende-se que se trata do estado de promiscuidade entre os patrimônios de duas pessoas, isto é, verdadeira antítese à noção de separação patrimonial já estudada²²³. Em contrapartida, a confusão de esferas pode ser entendida como a “impossibilidade de reconhecer se um determinado ato é imputável a uma pessoa ou a outra”²²⁴, ante a falta de diferenciação entre elas, prescindindo da constatação de eventual mistura de patrimônios. Nesse sentido, veja-se a lição de Salomão Filho:

A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas.²²⁵

Diante dessas concepções, observa-se que a confusão de esferas ocorre no âmbito geral da pessoa, podendo se limitar aos seus direitos de personalidade, ou também incluir os direitos patrimoniais. Exemplificativamente, há casos de sociedades que adotam nomes de fantasia similares, muito comuns em se tratando de integrantes de um mesmo grupo²²⁶. Em tais hipóteses, pode restar caracterizada a confusão de esferas, sem que haja, necessariamente, mistura de patrimônios.

²²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988, p. 169.

²²³ Conceito extraído de: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 81.

²²⁴ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 81 e 84.

²²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 221.

²²⁶ Nesse sentido, Scalzilli menciona o caso Modul-Hab, julgado pelo TJRS (4ª Câmara Cível, APC 588015719, Rel. Des. Vanir Perin, j. 11/05/1988), em que o nome de determinada sociedade constava na publicidade e nos contratos celebrados por outra com terceiros. Confira-se: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 85. “O caso Modul-Hab, descrito na abertura desse capítulo, também parece se encaixar mais adequadamente na hipótese de confusão de esferas, pois a oposição do nome da Vontobel S.A. embaixo do nome da sociedade

Compreender essa distinção tem notável relevância na opção do remédio jurídico previsto no ordenamento para solucionar cada uma dessas situações. A saber, em caso de confusão de esferas, deve ser empregada a chamada teoria da aparência, segundo a qual, reconhece-se como verdadeira a situação que, externamente, aparenta ser real²²⁷. Assim, o ente que se expõe como parte no negócio, deve por ele responder. Diversamente ocorre no caso da confusão patrimonial, contra a qual deve ser aplicado o mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica²²⁸.

Em síntese, por ter caráter mais amplo, a confusão de esferas, de fato, pode significar a ausência de separação entre os patrimônios de dois centros autônomos distintos e, por consequência, levar à incidência da desconsideração. Contudo, não se trata de regra absoluta ou automática, sendo possível haver casos em que não se identifique o envolvimento de qualquer questão patrimonial, mas, apenas de personalidade, a ser solucionada por técnicas distintas.

Desse modo, a confusão de esferas pode ser tratada como indício de ocorrência da confusão patrimonial, o que, todavia, não autoriza um juízo de certeza. E, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é necessário que

contratante (Modul-Hab) na publicidade e nos contratos celebrados por esta gerou uma situação de confiança que mereceu tutela segundo o entendimento do TJRS, mas não necessariamente uma situação de confusão patrimonial”.

A mesma situação se observa em julgado recente do TJMG, no qual a adoção de nome fantasia similar foi interpretada como um dos indícios de ocorrência de confusão patrimonial. “Sendo assim, havendo fortes indícios de que teria havido a sucessão empresarial, ou, ainda, confusão patrimonial, notadamente porque ambas as empresas têm o mesmo ramo de atividade, nome fantasia similar, mesmo endereço e mesmo grupo familiar, impõe-se a citação da empresa Com. Med. Comércio de produtos Hospitalares ME., para que se defenda acerca da desconsideração da personalidade jurídica, confusão patrimonial e sucessão empresarial para uma maior segurança jurídica e para que não haja desrespeito ao contraditório e a ampla defesa” (TJMG, 13ª Câmara Cível, AI 1.0145.15.029004-0/001, Relator Des. Alberto Henrique, j. 03/10/2019).

²²⁷ Em linhas gerais, tal teoria busca proteger o terceiro de boa-fé que se relaciona com determinado sujeito que aparenta ser titular legítimo de um direito, quando, na realidade, não o é. Conferir: RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 9, n. 24, mar. 1982, p.222-231. “É o que se denomina teoria da aparência, pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé”.

²²⁸ Assim também afirma Scalzilli: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 87. “É vale salientar que a busca pela conceituação mais precisa do que seja confusão patrimonial não se trata de fetichismo acadêmico desprovido de utilidade prática, bastando lembrar, nesse sentido, que a confusão de esferas pode ser combatida com a teoria da aparência (e responsabilidade civil pelo dano causado), diferentemente do que se dá no caso de confusão patrimonial, embora reconheçamos que o encaminhamento das questões pelos tribunais tenda a seguir o mesmo caminho da desconsideração da personalidade jurídica, senão por preguiça intelectual ou ao menos por cacoete”.

seja constatada e comprovada a confusão no âmbito patrimonial, conforme determina o art. 50 do Código Civil.

3.3.1.2 A confusão patrimonial como hipótese de abuso do direito de limitação da responsabilidade

A segunda premissa fundamental para o desenvolvimento da teoria da confusão patrimonial consiste em compreender que, apesar de o art. 50 do Código Civil de 2002 enquadrar o fenômeno como hipótese de abuso da personalidade jurídica, hoje, já se sabe que a desconsideração tem como objetivo combater o abuso da limitação da responsabilidade, e não da pessoa jurídica em si. Conforme analisado nas linhas precedentes, a *disregard doctrine* constitui mecanismo repressivo de tutela do crédito, que atua suspendendo a eficácia da limitação da responsabilidade patrimonial em prol da garantia dos credores.

É importante recordar que a responsabilidade limitada constitui valioso instrumento de estímulo ao empreendedorismo e ao progresso social. Todavia, a sua utilização deve obedecer aos limites e às finalidades econômicas e históricas para as quais foi criado, sob pena de gerar insegurança jurídica, afetando o desenvolvimento do mercado. Nesse sentido, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica busca garantir um equilíbrio, permitindo aos investidores o cálculo do risco empresarial, sem que, para tanto, sejam violados os direitos creditórios.

De maneira sintética, a limitação da responsabilidade é obtida por meio do estabelecimento da autonomia patrimonial entre dois centros de imputação distintos, permitindo que um reverta ao outro determinado aporte de capital (transferência de direitos reais) para o exercício de uma atividade econômica. No âmbito do direito societário, tal operação é conhecida como a alienação de entradas de capital do sócio para a sociedade, permanecendo aquele como credor dos resultados da empresa.

Assim, como explica Walfrido Warde Jr., a sociedade se torna empresária, figurando como titular dos meios de produção destinados ao exercício da atividade e, em razão disso, responde pelas obrigações contraídas nesse contexto. Os sócios, por sua vez, ao transferirem as entradas de capital para a sociedade, tornam-se apenas fornecedores dos fatores de produção, não se qualificando como empresários, mas

como meros titulares de direitos de crédito, e, por isso, não respondem pelas dívidas sociais²²⁹.

Observe-se, portanto, que a limitação da responsabilidade patrimonial acaba por restringir a garantia dos credores, que, em eventual pretensão executória, somente poderão atingir o patrimônio social – decorrente, em princípio, do valor aportado à sociedade –, não lhes sendo possível alcançar os bens pessoais dos sócios. Em virtude dessa restrição, a desconsideração da personalidade jurídica surge para reprimir possíveis abusos quanto à responsabilidade limitada, dentre eles, a confusão patrimonial.

Como se sabe, o abuso de direito está positivado no art. 187 do Código Civil, que assim determina: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata-se, portanto, do exercício irregular de um direito, de maneira contrária às suas finalidades e aos princípios basilares do sistema que lhe subjaz²³⁰.

Sobre o assunto, merece destaque a conclusão de Leonardo Parentoni:

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser considerada derivação dessa ideia maior de abuso do direito, por ser técnica aplicável especificamente a fim de coibir abusos da limitação de responsabilidade cometidos por meio de centros autônomos de imputação de direitos e deveres, quando tal limitação for utilizada contra as razões históricas, econômicas e sociais que a condicionam.²³¹

²²⁹ 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. 253 e 271. “A responsabilidade é do empresário, nesse caso apenas a sociedade, e não daqueles que lhe fornecem meios de produção. (...) A natureza creditória da porção explicitamente patrimonial de seus direitos exime os sócios da responsabilidade pela organização, no exercício de empresa, de meios de produção que não são de sua propriedade”.

²³⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885, jul. 2009, p. 49-68. “Abuso do direito é o ato antijurídico cometido pelo titular de um direito, que ao exercê-lo excede os limites impostos pelos valores éticos e sociais do sistema, principalmente a boa-fé, os bons costumes e a finalidade social e econômica do direito”.

²³¹ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 41.

No mesmo sentido: GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2014, v. I, p. 228. “Fra abuso del diritto e abuso della personalità giuridica c’è un evidente rapporto di continuità: l’abuso della personalità giuridica altro non è, a ben guardare, se non l’abuso dei diritti nascenti dalle norme che la legge “riassume” nel concetto di persona giuridica, fra i quali principalmente il diritto di tenere il proprio patrimonio separato dal patrimonio della persona giuridica, ossia il beneficio della responsabilità limitata. Reprimere l’abuso della personalità giuridica equivale a disapplicare quelle norme ed a disconoscere, a chi ha commesso l’abuso, i diritti nascenti da esse (...). Equivale, in

Desse modo, atualmente a confusão patrimonial deve ser entendida, conforme o regramento atribuído pelo Código Civil de 2002, como uma hipótese de abuso do direito de limitação da responsabilidade, ensejando a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. A seguir, essa noção será mais bem analisada.

3.3.2 Conceito, natureza jurídica e efeitos da confusão patrimonial

Tendo como base as premissas ora apresentadas, é de se concluir que o conceito majoritariamente atribuído à confusão patrimonial, de promiscuidade entre patrimônios, não traduz de forma suficiente as noções primordiais do instituto. Em razão disso, e buscando esclarecer o fundamento e a razão de ser do fenômeno, Walfrido Warde Jr. e João Pedro Scalzilli aperfeiçoaram a teoria, estabelecendo precisa conceituação para a confusão patrimonial. De acordo com os autores, não basta dizer que se trata de uma mistura de bens, deve-se acrescentar a ocorrência de uma apropriação ou apoderamento de patrimônio de um ente por outro. Assim explica Warde Jr.:

Para nós, por outro lado, a confusão patrimonial, para determinar imputação de responsabilidade, deve corresponder aos casos em que ocorre apropriação, pelos sócios, de meios de produção da sociedade, especialmente de posições ativas contidas no capital e patrimônio sociais, por meio do pagamento indevido de dividendos.²³²

Em complemento, Scalzilli reforça que tal apropriação pode ocorrer tanto em detrimento do patrimônio da pessoa jurídica societária, como, ao contrário, por parte da sociedade em relação ao patrimônio de terceiros. Veja-se o seu entendimento:

(...) a confusão patrimonial compreende:

(i) A situação fática em que os meios de produção que compõem o patrimônio da sociedade foram desviados da sua função produtiva e se acham alocados na esfera de outrem, que os utiliza em detrimento do seu titular (em prejuízo, portanto, da função de produção) e daqueles que com ele negociam (em prejuízo da função de garantia, especialmente se considerarmos que a melhor garantia para os credores é a própria capacidade de a empresa produzir resultados).

rapporto al beneficio della responsabilità limitata, a restituire vigore al generale principio della illimitata responsabilità patrimoniale del debitore”.

²³² 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. 317-318.

(ii) A situação fática em que a pessoa jurídica se vale do patrimônio de um terceiro, seja porque foi inadequadamente capitalizada, ou porque lhe faltaram recursos no curso da exploração da empresa e estes foram transferidos em desrespeito às fórmulas legalmente admitidas.²³³

A definição atribuída pelos juristas contemporâneos é de extrema relevância e merece algumas considerações. No que diz respeito à primeira hipótese, em que o patrimônio da pessoa jurídica é usurpado pelos seus sócios, observa-se a utilização, por ambos os doutrinadores, da expressão “apropriação dos meios de produção”. Tal terminologia é propositalmente adotada por fazer referência aos conhecidos fatores de produção, cuja combinação e organização determinam o exercício da atividade de empresa, quais sejam: capital, insumos, tecnologia e mão de obra²³⁴. Pretende-se, assim, relacionar o fenômeno da confusão patrimonial com a aquisição da condição de empresários por parte dos sócios, condição esta que deveria caber exclusivamente à sociedade, tendo em vista a já mencionada integralização das entradas de capital e a conseqüente limitação da responsabilidade de seus membros.

Desse modo, o conceito trazido por Warde Jr. e Scalzilli permite compreender que o apoderamento indevido dos recursos da pessoa jurídica, além de violar diretamente a regra da autonomia patrimonial entre os entes, acaba por romper com a própria lógica da limitação da responsabilidade. Isso porque, uma vez desfeita a separação entre os respectivos patrimônios, qualquer transferência de capital anterior perde o sentido de ser, tornando os sócios a comportar-se propriamente como titulares de direitos reais sobre os ativos da sociedade. Em outras palavras, são excedidas as barreiras da prerrogativa da limitação da responsabilidade patrimonial, que passa a ser utilizada como subterfúgio para o descumprimento de obrigações e o não pagamento de credores.

Ademais, quando o patrimônio social é desviado para a persecução de fins pessoais dos sócios, ele deixa de cumprir a função produtora da atividade empresarial. Ainda que o objeto específico da indevida apropriação não estivesse cumprindo uma finalidade diretamente relacionada à elaboração de determinado bem ou serviço, o simples fato de ele constar da esfera jurídica de uma sociedade empresária e estar organizado para o exercício de sua atividade faz com que, ao

²³³ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 89.

²³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22.

menos indiretamente, ele assuma o papel de fator de produção. Ressalte-se, contudo, que, como se verá, esta não é a única função violada pela ocorrência da confusão patrimonial.

A conceituação dos juristas contemporâneos também se destaca por concentrar as principais características do instituto estudado, quais sejam, a sua natureza jurídica, o seu enquadramento como abuso de direito e os seus efeitos e consequências práticas – seja na hipótese em que a apropriação de patrimônios é promovida pelos sócios em detrimento da sociedade, seja quando é esta quem se vale de recursos de terceiros.

No que diz respeito à natureza da confusão patrimonial, conforme defende Scalzilli, trata-se de um estado de fato ao qual o Direito atribui relevância, podendo, assim, ser definido como um “estado jurídico”²³⁵. Em outras palavras, em razão da relevância dos efeitos e das consequências produzidas pela usurpação de patrimônios entre entes distintos, o Direito busca regular a sua ocorrência, a partir da sua constatação no mundo real.

A confusão patrimonial, nesse sentido, é disciplinada pelo ordenamento brasileiro como uma hipótese de abuso de direito. E a noção de apropriação indevida de recursos de um ente por outro reflete essa configuração por extrapolar os limites e as finalidades econômicas e sociais da limitação de responsabilidade conferido a determinados tipos societários. Em síntese, a usurpação dos fatores de produção da empresa, ao desrespeitar a regra da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, prejudica o desenvolvimento da atividade e a satisfação dos credores, resultando na exteriorização de custos ao mercado. Do mesmo modo, quando a sociedade empresária se apodera do patrimônio de outrem, há uma violação das normas que regulam o aporte de capitais²³⁶ e, conseqüentemente, das razões a elas subordinadas, tais como a tutela do crédito e a livre concorrência.

O abuso do direito à limitação de responsabilidade torna-se ainda mais evidente se analisados os efeitos e as consequências práticas decorrentes da confusão patrimonial. Isto porque o apoderamento de capital de terceiros, ao

²³⁵ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 90.

²³⁶ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 91-96.

contrariar os preceitos da separação patrimonial e da responsabilidade limitada, interfere diretamente nas funções do instituto do patrimônio, analisadas no Capítulo 2, item 2.1.4, deste trabalho – especialmente as funções de produção, de garantia e de controle.

A função de produção, como visto, diz respeito ao fornecimento dos meios para a exploração da atividade econômica, tendo em vista que o patrimônio atua como fonte de recursos para a produção e circulação de bens e serviços. Desse modo, a apropriação de partes ativas do patrimônio social pelos sócios, além de lesar a vida financeira da sociedade, prejudica o próprio desenvolvimento da atividade de empresa, o que, conseqüentemente, afeta a disponibilização de produtos e serviços ao mercado. Ademais, como afirma Scalzilli, o desvio de recursos de sua função produtiva interfere na capacidade da sociedade devedora de produzir resultados para atender às obrigações assumidas, prejudicando os credores, ainda que de forma indireta.²³⁷

Da mesma forma, quanto à função de garantia dos credores, a confusão patrimonial também produz significantes conseqüências, porquanto implica na redução do ativo disponível na sociedade para a satisfação de suas dívidas. Lembre-se de que assegurar o adimplemento das obrigações constitui a função precípua do instituto do patrimônio, tendo sido responsável pelo seu surgimento e consagração como categoria juridicamente relevante. Assim, são inegáveis os prejuízos causados pela confusão patrimonial ao afetar o regular cumprimento dos deveres obrigacionais e dos débitos contraídos no exercício da empresa.

Não menos importante é a função de controle conferida ao titular do patrimônio, detentor do poder de decidir quanto ao emprego e à destinação dos recursos que compõem a universalidade patrimonial. Sobre o tema, deve-se recordar que a limitação da responsabilidade é obtida por meio da transferência de capital (e dos direitos reais sobre ele) dos sócios para a sociedade, tornando-se esta a sua única titular e, conseqüentemente, competindo a ela o exercício da função de controle sobre o patrimônio social. Nesse sentido, é fundamental compreender a distinção entre poder de controle societário e poder de controle da empresa. Segundo Warde Jr.:

O poder de controle societário não se confunde, conceitualmente, com o poder de controle da empresa. Este último é exercido pelo empresário, i.e.,

²³⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 91.

pelo protagonista da atividade empresarial, pelo organizador dos meios de produção dedicados à empresa econômica. O primeiro é, ordinariamente, um poder do sócio, que – nas sociedades de capitais – permite-lhe influenciar a vontade social, apenas para adotar estratégias e para definir ações que maximizem a possibilidade de satisfação de seu direito de crédito. Serão, de qualquer forma, ações e estratégias da sociedade e não do sócios. A sociedade é, nesses casos, a única titular da empresa.²³⁸

Em linhas gerais, o poder de controle empresarial é conferido à sociedade a partir da alienação das entradas de capital pelos sócios e determina que somente ela poderá dispor de seus bens. Os sócios, portanto, poderão apenas influir na formação da vontade social, em um sentido político, razão pela qual se configuram como detentores de mero poder de controle societário. Observe-se que essa distinção justifica a própria limitação da responsabilidade, uma vez que, sendo a sociedade a empresária – leia-se, a titular do patrimônio social e do poder de dele dispor –, é ela quem responde pelas dívidas contraídas em razão do exercício da atividade.

Com base nessas noções, a confusão patrimonial interfere na função de controle justamente porque, a apropriação dos meios de produção da sociedade caracteriza um abuso do poder de controle societário por parte dos sócios, que acabam por adquirir e exercer o poder de controle empresarial, reclamando responsabilização²³⁹. Assim assevera Leonardo Parentoni: “Nestes casos extremos, o controle societário e o controle empresarial se confundem no mesmo sujeito, tornando cabível a desconsideração da personalidade jurídica”²⁴⁰.

É de se notar que o apoderamento dos bens sociais pode se dar tanto por parte dos sócios como pelos administradores que não ocupem tal posição. Todavia, o remédio a ser aplicado não será o mesmo. Afinal, o ato abusivo praticado pelos

²³⁸ 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. 278-279.

²³⁹ Nesse sentido, são fundamentais as lições de Warde Jr.: “A apropriação e a organização dos meios de produção corrompem a estrutura organizacional típica dessas sociedades, por determinarem a transferência do controle empresarial da sociedade para o sócio a quem, alçado por sua própria conduta à condição de empresário, imputa-se responsabilidade. A responsabilidade, como se sabe, é imputada pela aquisição e exercício do poder de dispor, como se fosse dono, dos meios de produção”. E, mais à frente, complementa: “Nos casos em que um, alguns ou todos os sócios pratiquem atos que tornem clara a apropriação dos meios de produção da sociedade, passam, então, em razão da conseqüente aquisição de controle empresarial, a agir como os sócios das sociedades de pessoas. Essa conduta é capaz de alçá-los à condição de empresários – não mais meros credores – o que é determinante para que lhes seja imputada responsabilidade ilimitada”. (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. 298 e 307).

²⁴⁰ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 55.

administradores, como bem observou Leonardo Parentoni, possui regime jurídico próprio de responsabilização, nos termos do arts. 1.016 do Código Civil e 159, da LSA²⁴¹. Mesmo porque, ao contrário dos sócios, os administradores não são detentores de poder de controle societário, na verdade, os seus poderes são exercidos, conforme determinação legal, bem como do estatuto da pessoa jurídica, por meio da prática de atos de gestão e representação. Assim, havendo regime específico para a responsabilidade dos administradores, não há falar na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica²⁴², como ocorre no caso do abuso perpetrado pelos sócios, o que está de acordo, inclusive, com o quinto pressuposto da desconsideração tratado por Parentoni e abordado no item 2.3.1 deste estudo.

Por fim, também merecem destaque os efeitos advindos da apropriação de recursos alheios por parte da sociedade (e não em detrimento dela), isto é, quando a confusão patrimonial significa um aporte informal de capital dos sócios ou de terceiros para o desenvolvimento da empresa. Segundo Scalzilli, tal operação poderia, a princípio, parecer não gerar nenhum prejuízo grave e, até mesmo, beneficiar os credores – que teriam um incremento na garantia de seus créditos. Contudo, é preciso considerar a existência de uma violação direta às normas de direito societário, “[invertendo] a lógica da estrita separação de esferas e da necessidade de formalização das transferências entre sócios e sociedade”²⁴³.

Como se sabe, a obtenção de recursos para o desenvolvimento da atividade empresarial societária ocorre, basicamente, de dois modos: por meio da capitalização e do financiamento. A primeira equivale às contribuições fornecidas pelos sócios, que, formalmente, injetam recursos próprios seja na constituição do

²⁴¹ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

BRASIL. Lei das Sociedades por Ações. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”.

²⁴² Deve-se notar, contudo, que o próprio Parentoni ressalta que o instituto da desconsideração será aplicado para aqueles administradores que não se submetem ao regime jurídico específico de responsabilização, como é o caso dos administradores de fundações e associações. Confira-se: PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 49. “Consequentemente, a menção a “administradores” no art. 50 do Código Civil deve ser entendida como sendo direcionada àqueles administradores para os quais a lei não prevê regime jurídico específico de responsabilização. Por exemplo, os administradores de fundações e associações”.

²⁴³ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 93-94.

capital social ou, após, para aumentá-lo. Já o financiamento consiste na obtenção de recursos externos, provenientes de terceiros e que deverão ser posteriormente restituídos com os acréscimos remuneratórios. Em ambos os casos, é de se notar, há necessidade de uma formalização e da realização de um registro contábil, tendo em vista as regras de escrituração, as normas reguladoras do capital social e, até mesmo, as diretrizes tributárias²⁴⁴.

No mesmo sentido, ressalte-se que a sociedade personificada, conforme já estudado, constitui um centro autônomo de imputação de direitos e obrigações, dotado de patrimônio próprio, não se confundindo com os sócios, pessoas físicas. Em razão disso, as suas operações e transferências financeiras devem ser devidamente documentadas, a fim de preservar a separação entre os entes e entre seus respectivos patrimônios. Conforme destaca Scalzilli, “se a sociedade falir, todos os ativos devem estar à disposição dos credores para a execução coletiva. Não pode haver dúvidas sobre o que é dos sócios e o que é da sociedade. Essas são as regras do jogo”²⁴⁵.

Observe-se, assim, que os processos formais envolvendo o aporte de recursos para a sociedade tem como objetivo, primeiramente, proteger os credores, em conformidade com os princípios norteadores do capital social²⁴⁶ e de modo a garantir que não haja esvaziamentos patrimoniais indevidos. Em segundo lugar, visa a assegurar a autonomia patrimonial dos entes e, por consequência, a proteção do patrimônio particular dos sócios. Justamente por isso, já afirmava Comparato que estes devem ser os primeiros a respeitar a separação patrimonial²⁴⁷. Assim também salientou Salomão Filho:

²⁴⁴ Sobre capitalização e financiamento societário, conferir: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 156; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p.114-123 e p. 549-552; DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 121-124.

²⁴⁵ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 93.

²⁴⁶ Quais sejam, os princípios da intangibilidade, congruência e realidade. Sobre o assunto, conferir: HÜBERT, Ivens Henrique. *O capital social e suas funções na sociedade empresária*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 54-67.

²⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 388 e 427. “Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral”. E, mais à frente: “Na Alemanha Federal a confusão de patrimônios entre sociedades do mesmo grupo

Um sócio que queira assegurar-se de não ver seu patrimônio pessoal envolvido no insucesso do seu negócio deve dotar a sociedade do mínimo de capital necessário ao exercício de sua atividade, assegurar a rigorosa separação de sua esfera patrimonial pessoal da esfera social, bem como não usar da forma societária para benefício próprio.²⁴⁸

Para além do respeito e da conservação da regra da separação entre os patrimônios, os sócios também devem preservar o benefício da responsabilidade limitada, quando este lhes for atribuído²⁴⁹. Nesse sentido, a apropriação de patrimônio alheio parte da sociedade, por meio do aporte informal de recursos pelos sócios, representa nítida afronta ao procedimento da alienação de entradas de capital, responsável por conferir aos sócios a posição de credores dos resultados da empresa e, logo, a limitação da sua responsabilidade. Mais uma vez, se os próprios beneficiados desrespeitam o sistema, não há razão para que terceiros trabalhem para garantir o seu estrito cumprimento.

Veja-se, portanto, que a confusão patrimonial em prol da injeção de capital na sociedade traz graves prejuízos para o quadro geral de manutenção das regras do sistema societário. A subversão dos mecanismos de tutela do capital e de separação patrimonial tem como consequência a externalização de custos no mercado, o que acaba, finalmente, afetando os agentes mais vulneráveis²⁵⁰. É de se notar, ainda, que

econômico é considerada manifestação do princípio proibitivo do *venire contra factum proprium*: quem desrespeita, na prática, a separação patrimonial consequente à personificação das sociedades não pode, depois, invocar essa mesma separação para pôr seus bens pessoais ao abrigo das execuções de credores sociais”.

²⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 245.

²⁴⁹ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 93. “Não se pode perder de vista que os sócios gozam de um benefício excepcional (a autonomia de seu próprio patrimônio perante o patrimônio social e, na maior parte dos casos, a limitação da responsabilidade), e, por isso, cabe a eles mesmos preservar essa condição, zelar para que nenhuma sombra de dúvida paire sobre a higidez da separação dos patrimônios”.

²⁵⁰ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33. “E não é só: um dos conhecidos efeitos da perda de credibilidade da organização societária como garantia da separação patrimonial é a usual exigência de os sócios prestarem garantias complementares (fianças, avais, hipotecas) para garantir os negócios travados pela sociedade, em especial quando a contraparte é uma instituição financeira. Essa sistemática acaba por ‘ilimitar’ a responsabilidade dos sócios das sociedades de responsabilidade limitada, bem como a aumentar os custos de transação”.

No mesmo sentido: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 95. “Mas é evidente que o desvirtuamento da estrutura societária — pela confusão patrimonial, mas também pela subcapitalização, por exemplo — pode transferir para o mercado, indevida e injustamente, um risco muito maior do que aquele calculado e aceito pelo agente econômico, causando grave distorção e transtorno social, que acaba sendo contornado pelos credores com forte poder econômico (bancos, grandes fornecedores) por meio do estabelecimento de garantias contratuais,

o remédio, nesse caso, consiste na aplicação da modalidade inversa da desconsideração da personalidade jurídica, permitindo que os credores pessoais daquele que aportou capital irregularmente na sociedade busquem a sua satisfação no patrimônio desta²⁵¹.

A análise dos efeitos da confusão patrimonial apenas realizada decorre justamente do adequado conceito conferido ao fenômeno, como sendo a apropriação indevida do patrimônio de um ente por outro. A teoria desenvolvida explica, assim, a necessidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (tanto na modalidade direta, como inversa) a fim de combater os abusos do direito de limitação de responsabilidade, que, no caso da confusão patrimonial, contraria as funções do patrimônio como instituto jurídico, bem como as normas do direito societário, ferindo os interesses dos credores e desequilibrando o funcionamento do mercado.

3.3.3 Identificação no caso concreto

Vistos o conceito, a natureza jurídica e os efeitos da confusão patrimonial, resta, ainda, analisar a sua caracterização no caso concreto, isto é, o modo pelo qual é identificada na prática, a fim de autorizar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Deve-se ressaltar, contudo, que o presente trabalho contém um capítulo direcionado exclusivamente para as questões metodológicas e probatórias envolvendo a confusão patrimonial (Capítulo 5). Assim, o que se pretende,

mas que acaba atingindo em cheio aqueles com baixo poder de barganha (pequenos fornecedores, entre outros). De que forma? Ora, num espiral de desconfiança, os credores mais fortes cobram pelo risco, aumentam os custos de transação e os juros médios do mercado, pressionando o custo do crédito para todos, e os mais fracos pagam a conta duas vezes: na primeira, ao assumirem o risco das transações; e na segunda, ao atuarem em um mercado com juros mais elevados”.

²⁵¹ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 76 e 79. “A desconsideração inversa consiste em imputar a um centro autônomo de direitos e deveres obrigação formalmente contraída por seus membros. A nomenclatura decorre do fato de que tal teoria fora inicialmente aplicada, por obra da jurisprudência, a casos nos quais se pretendia atribuir ao sócio obrigação formalmente contraída pela sociedade. Assim, sua utilização contra a pessoa jurídica constituiria aplicação inversa da mesma regra. (...) Quanto aos pressupostos, a desconsideração inversa segue o mesmo regime da tradicional. Varia apenas o limite objetivo, porque a desconsideração inversa restringe-se à participação do sócio/desconsiderado no capital social. Isto para evitar a brusca descapitalização da pessoa jurídica, em prejuízo desta, dos credores sociais e dos sócios que não utilizaram indevidamente a limitação de responsabilidade. Não fosse por este limite, em situações extremas a incidência deste instituto poderia acarretar até a insolvência da pessoa jurídica atingida”.

neste momento, é apenas o estudo dos pressupostos básicos para a constatação fática da ocorrência do fenômeno, permitindo a plena compreensão da teoria da confusão patrimonial.

A análise da jurisprudência brasileira demonstra que a confusão patrimonial é mencionada de forma recorrente para fins de justificar a desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil. Como visto no item 3.2 deste Capítulo, entretanto, a ausência de um suporte teórico para a constatação dos abusos da limitação de responsabilidade promoveu um cenário de insegurança jurídica, marcado pela falta de metodologia e pelo casuísmo exacerbado, não sendo incomum a observância de julgados conflitantes entre si e de uma reiterada demanda por uniformização²⁵².

²⁵² A título de exemplo, destaca-se o caso clássico da insolvência ou descapitalização da sociedade que, em algumas decisões é considerado suficiente para a configuração de confusão patrimonial e a consequente desconsideração da personalidade jurídica, mas, em outras, é tido como inapto a caracterizar o fenômeno. Ainda, é possível verificar a ausência de fundamentação adequada nos julgamentos que identificam a presença de mistura de patrimônios, deixando de se aprofundar na análise fática, ou mesmo nos critérios vislumbrados para justificar a decisão. Confira-se:

Em julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade agravada, em ação executória, a 11ª Câmara Cível do TJMG identificou a ocorrência de confusão patrimonial, em razão do exercício de atividade empresarial sem a necessária capitalização. Em análise do acórdão, verifica-se que a parte agravante pedia a incidência da desconsideração ao argumento de ter a agravada encerrado suas atividades sem comunicar a Junta Comercial, o que caracterizaria dissolução irregular da sociedade. Em sua decisão, o Relator entendeu ter havido desvio de finalidade pela criação fraudulenta de nova sociedade para dar continuidade à atividade anterior em “subterfúgio” aos seus credores. Ainda, determinou a ocorrência de confusão patrimonial pelo fato de a agravada estar com situação cadastral ativa e se encontrar descapitalizada, o que indicaria que a atividade estaria sendo exercida com “algum suporte financeiro de seus sócios” (TJMG, 11ª Câmara Cível, AI 1.0016.10.004451-6/003, Relator Des. Marcos Lincoln, j. 11/02/2015).

No mesmo sentido, a 15ª Câmara Cível do TJMG, determinou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ante as tentativas frustradas de penhora de bens, em fase de cumprimento de sentença, de sociedade condenada ao pagamento de danos morais em ação ordinária. Citando precedente do STJ (AgRg no REsp 1459843/MS, DJe 04/11/2014) que, diga-se, valeu-se da aplicação da Súmula 7 do STJ, o Relator assim entendeu: “A situação técnica destes autos instrumentais é de igual confusão patrimonial, ato próprio de abuso da personalidade jurídica, decorrente das tentativas frustradas de penhora de dinheiro e de bens móveis (fls. 165/167-TJ e fls. 170/173-TJ), por isso correta a desconsideração da personalidade jurídica, com fundamento na norma do art. 50 do CC (fl. 177-TJ). Aliás, a desconsideração da personalidade jurídica não importa em quebra do empreendedorismo e a agravante alegou o abuso da personalidade jurídica”. Deve-se notar que o 1º Vogal, discordando do Relator, reforçou a excepcionalidade da medida e a necessidade da existência de prova robusta e inequívoca para a aplicação do instituto. Nesse sentido, afirmou que “a mera inexistência de bens passíveis de penhora não se enquadra, por si só, em qualquer das hipóteses previstas no já referido artigo 50 do Código Civil e, por consequência, não autoriza a concessão da medida pleiteada”. O 2º Vogal, todavia, limitou-se a concordar com o voto do Relator, nada acrescentando (TJMG, 15ª Câmara Cível, AI 1.0287.09.050374-2/003, Relator Des. Edison Feital Leite, j. 26/02/2015).

Por fim, em caso similar, a 10ª Câmara Cível do TJMG manteve decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, justamente ao fundamento da inexistência de provas suficientes para a configuração da alegada confusão patrimonial. No caso,

Não há como negar a dificuldade de comprovação da ocorrência de confusão patrimonial, isto é, da apropriação dos meios de produção da sociedade por parte dos sócios, ou da utilização pela pessoa jurídica societária de patrimônio de terceiro. Em primeiro lugar, Warde Jr. destaca os obstáculos enfrentados pelos credores, principais interessados na desconsideração, quanto ao acesso aos meios de prova, especialmente se comparado aos sócios, que podem livremente obter os dados e registros contábeis e financeiros da atividade empresarial. Conforme afirma o autor, trata-se de documentos que permitem “comprovar não apenas a destinação dos recursos, mas principalmente se a insuficiência de ativos decorre de perdas inevitáveis e inerentes ao risco da empresa, ou da conduta de sócios que se apropriaram de meios de produção da sociedade”²⁵³.

Além disso, é de se notar que o abuso da limitação de responsabilidade, evidenciado pelo apoderamento do patrimônio de um ente por outro, pode se manifestar de diferentes formas. Nesse sentido, são inúmeras as possibilidades de usurpação dos ativos da sociedade ou de aporte informal de recursos na empresa; por exemplo, a utilização direta de capital de um ente para o pagamento de contas do outro, a concessão de empréstimos entre eles, ou a mera fruição em benefício próprio dos sócios de bens de titularidade da sociedade, e vice-versa. Desse modo, tendo em vista a infinidade de hipóteses possivelmente configuradoras da confusão patrimonial, não há como estabelecer fórmulas gerais e taxativas para a sua caracterização, que dependerá da análise dos fatos, diante de cada caso concreto²⁵⁴.

que também se tratava da não localização de bens para penhora em fase de cumprimento de sentença, o Relator entendeu que: “o mero fato de não terem sido encontrados valores significativos nas contas bancárias da executada não constituem, por si só, indícios de ocorrência de abuso da personalidade jurídica por confusão patrimonial ou desvio de finalidade” (TJMG, 10ª Câmara Cível, AI 1.0525.10.017081-6/001, Relator Des.(a) Mariangela Meyer, j. 24/02/2015).

Observe-se que, além da ausência de uniformização dos julgados, aqueles que determinaram a desconsideração da personalidade jurídica, se limitaram a afirmar que a insolvência da sociedade, ou a ausência de bens e capital suficientes para o exercício da atividade, configuram confusão patrimonial. No máximo, há fundamentações que mencionam a presunção de que a pessoa jurídica “estaria operando através de seus sócios ou ‘laranjas’” (TJMG, 17ª Câmara Cível, AI 1.0439.13.003181-8/001, Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 12/02/2015). As decisões, contudo, não se aprofundam na análise da apropriação de bens entre os entes e sequer mencionam os critérios necessários para a sua caracterização. A falta de um suporte teórico para o julgador acarreta, assim, na rasa exploração dos fatos para bem demonstrar a efetiva mistura de patrimônios. Verifica-se, em suma, uma automatização e replicação de argumentos, sem a devida distinção de cada de caso.

²⁵³ 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. 328.

²⁵⁴ Essa conclusão também pode ser extraída do direito alemão, conforme demonstrou Warde Jr.: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da*

Em que pese a dificuldade probatória e a impossibilidade da fixação de critérios gerais para a comprovação da confusão patrimonial, o tema deve ser melhor delimitado, com o objetivo de minimizar os efeitos adversos da insegurança jurídica. Assim, e adiantando aquilo que será debatido no Capítulo 5, a doutrina tem estabelecido que o mais adequado seria a adoção da prova indiciária, por meio de um sistema de presunção relativa da confusão patrimonial, com a inversão do ônus probatório em detrimento dos sócios e da sociedade.

Em outras palavras, cabe ao credor prejudicado apresentar os indícios da apropriação indevida de patrimônio entre os entes, recaindo sobre estes o ônus de provar o contrário. Nesse sentido, é a lição de Warde Jr.:

Diante da alegação de que se apropriou de posição ativas da sociedade, o sócio – que tem acesso a todos os demonstrativos financeiros (e demais notações contábeis) – é capaz de provar que eventual insuficiência patrimonial tem causas inerentes ao exercício regular de empresa. Não conseguir ou não querer fazê-lo é motivo suficiente para que se lhe impute responsabilidade patrimonial ilimitada pelo exercício da empresa.²⁵⁵

Veja-se que, após o Código de Processo Civil de 2015, com a positivação da teoria das cargas dinâmicas da prova, isso é ainda mais palatável. Referido sistema probatório se justifica, portanto, para contornar a dificuldade de acesso dos credores aos fatos que ocorrem no âmbito interno do ambiente societário. Reforça Calixto Salomão Filho que “impor ao credor a demonstração de fatos internos à sociedade seria impor uma *probatio diabolica* e, na prática, impedir a responsabilização do controlador”²⁵⁶.

Ademais, conforme concluiu Scalzilli, a utilização de indícios e presunções “permite que se dispensem maiores indagações acerca da intensidade da mistura que se requer para configurar a confusão patrimonial”, uma vez que, se o devedor (sócio ou sociedade) não consegue demonstrar que a insuficiência patrimonial para sanar o débito ocorreu em situação de normalidade, decorrente do regular exercício da

desconsideração da personalidade jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 234-237. “Assim, a ideia de confusão patrimonial, a despeito de amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência alemãs como critério de atribuição de responsabilidade aos sócios, propõe uma investigação do caso concreto, confirmando o desprestígio de fórmulas genéricas”.

²⁵⁵ 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. 333.

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 437, nota de texto 86.

empresa, “pode-se presumir que a confusão patrimonial foi grave o suficiente para causar a ruína financeira da sociedade”²⁵⁷.

Cumpra também analisar a necessidade ou não de comprovação da existência de elemento subjetivo para a caracterização da confusão patrimonial. Sobre o assunto, sabe-se que o instituto ganhou relevância no direito brasileiro a partir das lições de Fábio Konder Comparato, precursor da chamada teoria objetiva da desconsideração. Para os adeptos desta corrente, como visto, a confusão patrimonial *per se* é considerada suficiente para autorizar a superação da pessoa jurídica, não sendo exigida a comprovação de qualquer elemento subjetivo, como a intenção de prejudicar terceiros.

A corrente objetiva, conforme visto no item 3.1 deste Capítulo, defendia a aplicação da desconsideração nos casos de desvio de função da pessoa jurídica, refutando a teoria subjetiva, que restringia a incidência do instituto apenas às hipóteses de abuso de direito e fraude à lei. Nesse sentido, não se nega que a redação do art. 50 do Código Civil de 2002, ao prever a desconsideração como remédio ao “abuso da personalidade jurídica”, foi influenciado pelos doutrinadores subjetivistas do final do século do XX – inspirados, por sua vez, nas obras de Rubens Requião e do alemão Rolf Serick. Isso, contudo, não significa dizer que tal corrente foi adotada integralmente pelo ordenamento brasileiro.

Em primeiro lugar, a própria previsão da confusão patrimonial pelo dispositivo demonstra também ter havido o influxo da doutrina objetiva de Comparato. Ademais, como reiteradamente demonstrado no presente trabalho, a evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica caminhou para o sentido de que a sua aplicação não se dá em razão de um desvio de função do instituto da pessoa jurídica em si, mas sim da ferramenta da limitação de responsabilidade. Quanto a isso, portanto, tanto a doutrina de Requião, quanto a de Comparato, devem ser consideradas desatualizadas.

Ainda, é importante compreender que, paralelamente ao desenvolvimento da teoria da desconsideração, a noção de abuso de direito também enfrentou transformações e aprimoramentos, ao longo do tempo. Na vigência do Código Civil de 1916, o abuso de direito, apesar de não previsto expressamente, era considerado pela

²⁵⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 103-104.

doutrina com base em uma vertente subjetiva, vinculado à necessidade de comprovação de culpa do agente. Todavia, sob o âmbito do *Codex* de 2002, tem prevalecido a noção objetiva do abuso de direito, conforme previsto no art. 187, anteriormente mencionado. Como afirma Judith Martins-Costa:

Foi só na década da virada para o séc. XXI que a jurisprudência passou a caminhar – ainda que em passos vacilante - no sentido da objetivação do abuso. Seja em razão das grandes mudanças legislativas ocorridas desde 1988 (...) e em especial nos anos 90 (...); seja, enfim, por força da criação e do papel desempenhados desde então pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato é que começam a pipocar arestos a invocar o abuso prescindido dos elementos subjetivos sendo digno de especial nota o acolhimento jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade.²⁵⁸

Assim, atualmente, a doutrina majoritária trata o abuso de direito como configurador de ato ilícito, independentemente da aferição de culpa²⁵⁹. Em outras palavras, basta que seja verificada a irregularidade do exercício do direito, isto é, em desconformidade com as suas finalidades econômicas e sociais ou com os princípios da boa-fé e dos bons costumes, para que o ato seja considerado abusivo e, portanto, ilícito. Não há que se perquirir qualquer elemento intencional por parte do agente.

Diante de tais considerações, a caracterização da confusão patrimonial como hipótese de abuso de direito (do direito à responsabilidade limitada), ao contrário

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

²⁵⁹ Nesse sentido, veja-se o Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, realizada em Brasília/DF, no ano de 2002: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Conferir também:

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 668. “A sanção ao uso abusivo de um direito subjetivo é a reparação do dano, pois se trata de ato ilícito e de natureza objetiva. Repita-se, independentemente de dolo ou culpa. A avaliação do caráter abusivo do ato fica a cargo do juiz que deverá observar se o exercício desse direito excedeu manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons-costumes”. E, ainda: “O abuso do direito como previsto no Direito Brasileiro atual e que tem como fonte o artigo 334º do Código Civil Português vem dessa interpretação objetiva, do uso do direito subjetivo, com vistas à finalidade e função dos institutos jurídicos e ainda o prestígio à boa-fé objetiva quando se tratar de relações contratuais”.

CORDEIRO, António Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>. Acesso em 01 de julho de 2020. “O abuso do direito, nas suas múltiplas manifestações, é um instituto puramente objectivo. Quer isto dizer que ele não depende de culpa do agente nem, sequer, de qualquer específico elemento subjectivo. Evidentemente: a presença ou a ausência de tais elementos poderão, depois, contribuir para a definição das consequências do abuso”.

do que se poderia pensar, não representa a adesão à teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Ao invés, considerando que a atual visão dominante acerca do abuso de direito dispensa a comprovação de culpa, é possível afirmar que a constatação da confusão patrimonial, por consequência, não depende da existência de intenção dos sujeitos envolvidos de lesionar terceiros.

Some-se a isso o fato de que a usurpação de bens de um ente por outro, por si só, representa o desvirtuamento da limitação de responsabilidade patrimonial, obtida por meio da alienação de entradas de capital. Assim, constatada a ocorrência da confusão patrimonial, deve ser imputada responsabilidade ao ente que se apropria do poder de controle sobre o patrimônio em questão.

3.3.4 Breves considerações acerca da confusão patrimonial nos grupos societários

Não há como tratar da confusão patrimonial sem abordar o fenômeno da formação e da atuação dos grupos societários. A temática tem levantado grandes questionamentos em diversas searas do Direito, desde a perspectiva material, passando pelo tratamento processual e, até mesmo, falimentar. Diante disso, antes de prosseguir nas análises principais deste trabalho, é necessário tecer algumas considerações sobre a aplicação da teoria da confusão patrimonial no contexto dos modelos grupais. Ressalte-se que o objetivo não é aprofundar no estudo dos grupos econômicos, mas sim esclarecer as principais características dessa forma de organização societária e a manifestação da confusão patrimonial nesse cenário.

Como visto anteriormente, o surgimento das companhias, ao promover a limitação da responsabilidade patrimonial e garantir o cálculo do risco empresarial, revolucionou o funcionamento do mercado, permitindo a formação dos grandes empreendimentos. Observou-se o desenvolvimento de importantes mecanismos de captação de capital e de concentração de poderes, eliminando custos e estabelecendo formas integrativas de exercício da atividade de empresa²⁶⁰.

O chamado sistema concentracionista, sedimentado na virada do século XIX para o século XX, foi, ainda, reforçado pelas revoluções industriais, marcadas

²⁶⁰ MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 44-46.

pelos significativos avanços tecnológicos e pelo conhecido fenômeno da globalização econômica, que interligou o mercado mundial²⁶¹. Como reflexo dessas transformações e, ao mesmo tempo, como forma de impulsioná-las, os grandes empreendimentos encontraram um modo de se expandirem ainda mais, reunindo esforços e organizando-se sob a forma de grupos de sociedades. Nas palavras do autor português, José Engrácia Antunes:

As características distintivas deste novo sistema económico – internacionalização e interdependência dos mercados nacionais, universalização do modelo de mercado livre, revolução tecnológica e das comunicações, aumento exponencial do volume das transacções comerciais e financeiras, progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional – tornariam progressivamente obsoleto o modelo tradicional da sociedade comercial individual, o qual viria a dar lugar à formação de grupos de sociedades.²⁶²

Em que pesem as divergências doutrinárias, o grupo de sociedades pode ser definido como “um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária exercida por uma outra sociedade”²⁶³. É de se notar que a formação dos grupos econômicos, como bem destacou Comparato, tem como objetivo “racionalizar a exploração empresarial”, permitindo a conjugação e o controle das operações de cada sociedade membro, em

²⁶¹ Sobre o processo de concentração econômica e seus fatores, destaca-se a doutrina especializada de: SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. II; MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983; NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²⁶² ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 01, n. 02, jun-dez 2005, p. 29-68.

²⁶³ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 01, n. 02, jun-dez 2005, p. 29-68.

Outros conceitos encontrados na doutrina que merecem destaque:

KRAAKMAN, Reiner et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 75: “Corporate groups are multi-company structures dominated by ‘controllers’, or powerful insiders, who may be the shareholders of a dominant company, coalitions of shareholders, or even cliques of influential managers”.

GALGANO, Francesco. *Il diritto commerciale in 25 lezioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 118. “La figura che domina la scena dell’economia contemporanea è quella del gruppo di società, operante sotto il controllo di una ‘società-madre’ o ‘società capo-gruppo’: a ciascuna delle società che compongono il gruppo corrisponde, quale oggetto sociale, um distinto settore di attività, o una distinta localizzazione territoriale della medesima attività, o una distinta fase del processo produttivo, o una distinta forma di utizzazione industriale di una medesima sostanza base, e via dicendo; ma le azioni di ciascuna di queste società appartengono, in tutto o in maggioranza, ad una ulteriore società, la società-madre o capo-gruppo (detta anche società holding), alla quale spetta, perciò, la direzione dell’intero gruppo ed all’interno della quale i vari settori o frammenti sono coordinati e ricondotti ad economica unità”.

prol da diminuição dos custos de produção e da maximização dos lucros. Em síntese, “eles propiciam a criação de ‘economias internas de escala’”²⁶⁴.

Nesse sentido, a principal característica das estruturas de organização plurissocietárias, conforme mencionado em uniformidade pela doutrina, é o estabelecimento de uma direção unitária. Eduardo Secchi Munhoz destaca que, apesar da abertura e das incertezas que permeiam o referido conceito, ele pode ser compreendido como “a presença de uma centralização mínima da política das empresas associadas, que leve à perda de sua independência econômica”²⁶⁵. Assim, os recursos das sociedades integrantes do grupo são reunidos para a realização de um determinado fim em comum, sob um poder de organização único, que coordena e dirige toda a rede intersocietária²⁶⁶.

Aliada à concentração de capitais, destaca-se a característica da manutenção da individualidade formal de cada sociedade membro, permanecendo juridicamente independentes, como centros autônomos de imputação. Essa autonomia jurídica permite uma gestão descentralizada de entes que, individualmente,

²⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 428.

²⁶⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 113.

²⁶⁶ Antunes ressalta que essa coordenação intrínseca aos grupos econômicos foi possibilitada pela consagração de meios de controle intersocietário: ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 01, n. 02, junho 2005, p. 29-68. “Na verdade, como acima se sublinhou, a empresa de grupo ou multisocietária constitui uma nova e revolucionária forma de organização jurídica da empresa moderna, na qual uma pluralidade de entes societários juridicamente distintos é submetida a uma direção econômica unitária. Ora, seria justamente a legitimação e consagração de diversos mecanismos de controle de sociedades sobre sociedades, ocorrida progressivamente em todas as ordens jurídico-societárias contemporâneas, que viria a conferir viabilidade prática e consistência jurídica a semelhante forma de organização empresarial: na verdade, foram tão mecanismos que permitiram o estabelecimento da típica e complexa rede de laços intersocietários sobre a qual repousa toda a empresa grupal (pluralidade jurídica) e é graças a eles que o respectivo vértice hierárquico assegura a coordenação estratégica e a coesão econômica do todo empresarial (unidade econômica). Semelhantes mecanismos de controle intersocietário, da mais variada natureza, são hoje inumeráveis, englobando instrumentos de natureza financeira – “maxime”, participações intersocietárias de capital –, de natureza organizativa – desde as consabidas divergências legais ou estatutárias à regra da proporcionalidade entre capital e voto (v.g., ações preferenciais sem voto, ações com voto duplo, cumulativo ou plural, “golden shares”, cláusulas oligárquicas), até aos acordos parassociais (“voting trusts”, “Stimmenrechtsbindungsverträge”, “patti parasociali di voto”) e às procurações de voto (“proxy rights”, “Depotstimmrecht”) –, de natureza contratual – designadamente, os chamados “contratos de empresa”, v.g., os destinados a assegurar o domínio entre sociedades (“Beherrschungsverträge”, “contrat d’affiliation”, “contrato de subordinação”, “convenção de grupo”) ou a transferência dos seus resultados financeiros (“Gewinnabführungsverträge”, “profit pools”, “convenção de atribuição de lucros”) –, de natureza pessoal – “maxime”, a identidade dos indivíduos que compõem a estrutura accionista ou os órgãos de administração de duas ou mais sociedades (“interlocking board directorates”, “personelle Verflechtungen”, “vincoli personali”, “unions personnelles”) –, ou até de natureza puramente fáctica (v.g., contratos de direito civil e comercial comum, posições estratégicas de mercado)”.

podem realizar negócios, guiados por um poder central, mas sem perder as vantagens advindas da pluralidade societária (isolamento de riscos, mobilidade e flexibilidade da estrutura empresarial etc.)²⁶⁷.

Em suma, a relevância das sociedades grupadas decorre da combinação de dois fatores principais: “a unidade econômica na diversidade jurídica”²⁶⁸. E é justamente em razão desse formato que os grupos econômicos têm dominado os mercados, destacando-se como a estrutura primaz nos diversos países do mundo²⁶⁹. Entretanto, as vantagens obtidas pelos empreendedores acabam por afetar diretamente a tutela do crédito, ameaçando os direitos daqueles que se relacionam patrimonialmente com as integrantes do grupo²⁷⁰.

Nesse sentido, destaca-se a peculiar aplicação do benefício da limitação da responsabilidade, que, como bem observou Francesco Galgano, é alçado ao seu extremo no contexto dos grupos. Com efeito, a manutenção da individualidade jurídica das sociedades integrantes, além de permitir a separação entre o patrimônio social e o patrimônio privado dos sócios, é determinante para “diversificar os riscos empresariais”: não se trata apenas da responsabilidade limitada do sócio investidor, mas sim de uma limitação entre sociedades no âmbito de uma mesma empresa – apesar de comporem um único negócio, cada sociedade membro irá responder por

²⁶⁷ Sobre as características dos grupos societários, recomenda-se: BULGARELLI, Waldirio. *O direito dos grupos e a concentração das empresas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975; LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978; MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011; VIO, Daniel de Ávila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

²⁶⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 113.

²⁶⁹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 01, n. 02, jun-dez 2005, p. 29-68. “Não podem existir dúvidas sobre a primazia actual da empresa de grupo ou empresa plurissocietária. Os cadastros estatístico-societários disponíveis nos três maiores mercados mundiais (a famosa ‘Global Triad’: Estados Unidos da América, União Europeia, Japão) indiciam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu originário estatuto de independência, recorrendo crescentemente à técnica do grupo societário: assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% nos Estados Unidos, e 88% no Japão”.

²⁷⁰ KRAAKMAN, Reiner et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 74. “Creditors and minority shareholders of the members of corporate groups are arguably more vulnerable to the opportunism or negligence of controlling shareholders than the creditors of (and minority shareholders in) independent companies”.

dívidas próprias, de modo que somente parte do patrimônio envolvido na atividade se responsabilizará por determinadas obrigações²⁷¹.

O cenário é agravado pelo fato de que, concomitantemente à limitação da responsabilidade, os patrimônios das sociedades agrupadas não permanecem estanques²⁷². Como visto, o estabelecimento de uma direção unitária promove a perda da independência econômica das integrantes, sendo os seus recursos agregados e destinados conforme a vontade do controlador. Desse modo, nas palavras de Munhoz:

Os ativos e passivos de cada sociedade transformam-se em ativos e passivos de todo o grupo, sendo transferidos e alocados entre seus diversos integrantes, no exclusivo interesse deste, segundo a estratégia empresarial globalmente concebida para enfrentar as exigências econômicas de cada momento.²⁷³

Há, portanto, uma subversão de toda a estrutura patrimonial autônoma do direito societário personificado e, conseqüentemente, dos fundamentos da limitação de responsabilidade. Isto é, ao mesmo tempo em que as sociedades gozam do benefício em relação aos credores da unidade jurídica, suas relações internas são marcadas por transferências e contratações fora das condições de mercado²⁷⁴. Os grupos econômicos constituem, assim, situação paradoxal, excepcionando a regra anteriormente vista de que a autonomia patrimonial entre os centros de imputação seria condição para a adoção da responsabilidade limitada.

A principal decorrência desse sistema de funcionamento dos grupos é a presença constante de um estado de promiscuidade entre os patrimônios das

²⁷¹ GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2010, v. IV. p. 712-713. “Il beneficio della responsabilità limitata, proprio della società per azioni, viene così fruito nella misura più estesa possibile. Esso non vale solo, come nelle origini, a separare il capitale investito nella società dal patrimonio personale del socio; ma vale anche a diversificare i rischi imprenditoriali: non è più la responsabilità limitata del socio-investitore, ma è la responsabilità limitata di una società per i debiti di un'altra società, della quale ha il controllo. Si possono così separare fra loro i rischi connessi ai diversi settori o ai diversi mercati dell'impresa, che la società controllante assume solo nei limiti del capitale direttamente investito nella controllata, o indirettamente investito nelle sub-controllate”.

²⁷² VIO, Daniel de Ávila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 57. “Questão mais grave, porém, é o fato de que essas novas e menores áreas de compartimentação patrimonial não são estanques umas em relação às outras, mas representam ‘vasos comunicantes’. Suas membranas de separação podem se tornar permeabilíssimas, quando e se assim quiser o controlador, que também poderá no mais das vezes determinar o sentido do fluxo patrimonial, em uma ou em outra direção”.

²⁷³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 134.

²⁷⁴ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 140-154.

sociedades membros²⁷⁵. Como bem observou Fábio Konder Comparato, “a confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo grupo econômico”²⁷⁶, promovendo um ambiente propício para a ocorrência de fraudes e abusos, em detrimento da garantia dos credores²⁷⁷.

Nesse sentido, é precisa a conclusão de Eduardo Munhoz:

A garantia do credor, constante no patrimônio da sociedade devedora, perde toda a substância diante da realidade grupal, pois as transferências de recursos intragrupo e a orientação em favor de um interesse externo a cada unidade societária distorcem a estrutura patrimonial desta, como se observou anteriormente. Há, portanto, um total desequilíbrio entre o poder empresarial e os riscos do negócio. Por um lado, os grupos de beneficiam do princípio da limitação da responsabilidade em relação a cada unidade jurídica e, por outro, transferem os riscos ao credor, na medida em que o patrimônio autônomo, que deveria caracterizar cada uma dessas unidades, é inteiramente desvirtuado, não servindo como garantia de cumprimento das obrigações assumidas.²⁷⁸

Essa crise advinda do modelo plurissocietário demandava uma resposta do ordenamento jurídico, especialmente no tocante à responsabilização da sociedades componentes do grupo pelas constantes apropriações dos meios de produção de umas pelas outras. Mais uma vez, o Direito Empresarial teria se deparado com o dilema da necessidade de estabelecer um equilíbrio entre a tutela do crédito e o incentivo ao empreendedorismo.

Não há como negar, por um lado, a realidade dos grupos de sociedades e as vantagens advindas desse modelo, notadamente tendo em vista o seu sucesso em um mercado capitalista com estrutura cada vez mais arrojada e competitiva. Por outro lado, também não se contesta que a adoção do sistema plurissocietário acaba por transferir riscos e custos para os credores, figuras indispensáveis para a manutenção do giro econômico. Conforme observou Comparato, “o Direito não pode, portanto, ignorar essa realidade insuprimível e irreversível, mas deve discipliná-la em função

²⁷⁵ De maneira simplista, há uma contínua apropriação dos meios de produção das sociedades integrantes do grupo pelo controlador, em prol do interesse plurissocietário.

²⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 429.

²⁷⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 151. “Vale lembrar que os credores ficam limitados ao patrimônio de uma só sociedade mesmo diante de uma enorme permeabilidade existente entre os patrimônios das sociedades grupadas”.

²⁷⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 141.

dos múltiplos interesses em jogo, procurando aquela harmonia e proporção, ínsitas na própria ideia de justiça”²⁷⁹.

Como tentativa de solucionar esse dilema, a Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações – LSA) procurou estabelecer um direito dos grupos de sociedades, prevendo um regime específico para os chamados “grupos de direito”²⁸⁰, nos quais está autorizada a subordinação dos interesses de uma sociedade ao interesse do grupo. Todavia, a doutrina aponta que, na prática, não se visualiza a utilização dessa categoria, sendo os grupos de direito “letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira, em função sobretudo da inexistência de definição de regras de responsabilidade e da possibilidade de retirada em massa dos minoritários da sociedade quando da celebração da convenção de grupo”²⁸¹.

A larga maioria dos modelos plurissocietários brasileiros enquadra-se como grupo de fato, cujo regramento está previsto, de acordo com a doutrina, no Capítulo XX da LSA, com base na disciplina do controle societário, ou seja, nos casos em que o controle de uma sociedade é exercido por outra – tratam-se das chamadas sociedades coligadas, controladoras e controladas. Ocorre que, para tais situações, o preceito é simples: com exceção de pontos específicos, aplicam-se as regras previstas para as sociedades isoladas.

Assim, pautado por esse princípio, o legislador vedou eventual subordinação de interesses entre as sociedades integrantes dos grupos de fato, ignorando a sua realidade prática ao presumir a autonomia de cada unidade, seja do

²⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 429.

²⁸⁰ Na disciplina dos grupos econômicos, o Brasil adotou um sistema dualista, que se divide entre os grupos de direito e os grupos de fato: MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 118-119. “Os grupos de direito são aqueles constituídos por meio de um dos instrumentos taxativamente previstos na lei, ficando sujeitos a um regime jurídico específico, excepcional em relação ao direito geral das sociedades. (...) Os grupos de fato, por sua vez, definem-se negativamente como todos aqueles que não se baseiam nos instrumentos previstos na lei para a constituição dos grupos de direito. Os grupos de fato ficam sujeitos ao regime clássico do direito das sociedades comerciais, considerando-se ilícitas as condutas contrárias ao princípio da autonomia. Vale dizer, em relação aos grupos de fato, não se admite a subordinação de interesses, devendo cada sociedade atuar de forma independente, para a consecução de sua finalidade própria”.

O regramento dos grupos de direito está contido nos Capítulos XXI e XXII da LSA.

²⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 357, nota de texto 77. No mesmo sentido: MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 113-114; PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 70-74.

ponto do vista jurídico, seja econômico²⁸². Desse modo, não houve qualquer previsão pela lei acionária de mecanismos especiais de proteção dos credores, em conformidade com as exigências fáticas do sistema plurissocietário²⁸³.

Ressalte-se que não se nega a importância da posituação dos grupos econômicos pela LSA, entretanto, remanesceram lacunas e questionamentos, principalmente quanto à tutela dos credores e às diretrizes de responsabilidade para o exercício da empresa grupada. Coube, portanto, aos aplicadores do direito a busca por respostas alternativas, destacando-se, dentre elas, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica²⁸⁴.

Como visto no item 3.2 deste Capítulo, a formação de grupos econômicos já foi apontada pela jurisprudência brasileira como indício de confusão patrimonial, a ensejar a desconsideração. Nesse sentido, é de se notar a decisão proferida pela Terceira Turma do STJ, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 12.872/SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 24 de junho de 2002, em que se reconheceu a violação ao princípio da separação patrimonial, com base nos seguintes fundamentos:

In casu, estão presentes os elementos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a falida pertence a grupo de sociedades que exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. (...) Na hipótese sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da falida implicaria em possível fraude aos seus credores.

O referido julgado foi citado em diversas oportunidades pelos tribunais pátrios²⁸⁵, como reforço ao deferimento da desconsideração da personalidade jurídica de empresas grupadas, inclusive, pelo próprio STJ. No acórdão da Quarta Turma do STJ, no Recurso Especial n. 1.071.643/DF, julgado em 2 de abril de 2009, o Relator, Min. Luis Felipe Salomão, assim proferiu: “Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade

²⁸² MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 279.

²⁸³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 282.

²⁸⁴ Sobre as regulações e estratégias legais adotadas por outras jurisdições para lidar com os grupos de sociedades, especialmente regras de extensão de responsabilidade, ver: HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*. *European Corporate Governance Institute – ECGI*, Law Working Paper n. 286/2015, February, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2560935>>. Acesso em 21 de outubro de 2020.

²⁸⁵ MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 148.

jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal”²⁸⁶.

A opção pela aplicação da *disregard doctrine* aos grupos econômicos, todavia, merece algumas observações. Nas linhas precedentes deste trabalho, restou demonstrado que a confusão patrimonial, conforme o tratamento dado pelo atual ordenamento jurídico, constitui hipótese de abuso do direito de limitação de responsabilidade, a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Cuida-se da disciplina genérica prevista pelo Código Civil à luz do direito societário comum, isto é, consoante o funcionamento do instrumento da responsabilidade limitada nas sociedades isoladas.

Nesse sentido, a transposição desse regramento para o contexto dos grupos econômicos implica em reconhecer a peculiaridade de que o fenômeno da promiscuidade de patrimônios é intrínseco ao modelo plurissocietário, caracterizado pela unidade econômica em prol do interesse buscado pelo grupo. Assim, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no sentido da abordagem atualmente conhecida, significaria uma vedação ao funcionamento básico da estrutura grupal. Isso porque, se a *disregard* incide para combater a confusão patrimonial, e tal fenômeno é inerente aos grupos econômicos, conseqüentemente ela deveria incidir para, impreterivelmente, desfazê-los no caso concreto.

Não é, contudo, o que ocorre de fato. Em primeiro lugar, porque, como visto, o próprio ordenamento reconhece e autoriza a constituição das formas plurissocietárias, de modo que encarar a desconsideração por confusão patrimonial como vedação aos grupos econômicos acarretaria uma contradição interna do sistema. Ademais, também foi analisada a importância desses modelos para o próprio funcionamento do mercado, uma vez que favorecem os empreendimentos e o desenvolvimento da atividade empresarial. Por fim, é de se notar que a jurisprudência não determina a desconsideração da personalidade jurídica para todo e qualquer grupo societário, mas somente “quando evidente que a estrutura deste é meramente formal”²⁸⁷, quer dizer, “caso as sociedades grupadas estejam efetivamente numa

²⁸⁶ Também mencionado por MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 147.

²⁸⁷ Quarta Turma do STJ, no Recurso Especial n. 1.071.643/DF, Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2 de abril de 2009.

situação de confusão patrimonial”²⁸⁸ de modo a configurar o abuso do direito de limitação da responsabilidade.

Em síntese, diante da ausência de regramento específico para a tutela do crédito no contexto dos grupos econômicos, a jurisprudência brasileira optou por aplicar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, de maneira temperada²⁸⁹. Conforme destacou Anna Beatriz Alves Margoni:

Como a regulamentação dos grupos, como visto, não é precisa em regulamentar o fenômeno e proteger todos os interesses envolvidos, a desconsideração da personalidade jurídica acaba sendo utilizada como uma “válvula de escape”. É como se os juízes tivessem encontrado uma forma de fazer justiça, quando a aplicação da lei não é capaz de fazê-lo.²⁹⁰

Muito se discute quanto à pertinência dessa solução²⁹¹, o que não constitui, contudo, objeto de análise do presente estudo. A intenção neste momento é, na verdade, esclarecer que a confusão patrimonial constitui um fenômeno intrínseco à

²⁸⁸ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 175.

²⁸⁹ O mesmo pode ser observado quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos societários em outros países, conforme destaca Klaus Hopt: HOPT, Klaus J. *Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*. *European Corporate Governance Institute – ECGI*, Law Working Paper n. 286/2015, February, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2560935>>. Acesso em 21 de outubro de 2020. “This is obviously a very crude instrument that runs against the very economic and legal reasons for asset partitioning. It is therefore generally used with caution. On the one end is the UK where the courts seem to be very reluctant to use this instrument and treat it as definitely more demanding than the concept of the shadow director. (...) German courts also lift the corporate veil only rarely and under very tight requirements. On the other side of the spectrum seems to be the US, where the courts use this mechanism more frequently”.

²⁹⁰ MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 149.

²⁹¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. p. 371-383. “Cumprido, portanto, distinguir dos verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles que tratam de mera imputação do ato, onde simplesmente se busca o verdadeiro agente, que se utiliza da pessoa jurídica como instrumento para o seu próprio comportamento. É nesse contexto que se insere a problemática dos grupos de sociedade, que exige tratamento diferenciado. Pois a este fenômeno é inerente um certo grau de confusão patrimonial, carecendo de uma nítida separação entre interesse grupal e interesse das sociedades. No grupo, a formação da vontade de uma sociedade é submetida ao permanente e incontestável poder de controle de outra pessoa jurídica. Daí por que cabe, no grupo, prever normas de proteção de terceiros (credores e acionistas minoritários), através da admissão da responsabilidade direta da sociedade dominante, recorrendo-se às regras de imputação, sem que isso signifique remissão à técnica da desconsideração”.

Ver também: MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 174-178; SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 175-176; ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 01, n. 02, jun-dez 2005, p. 29-68.

organização dos grupos econômicos, diversamente do que ocorre nas sociedades isoladas. Nesse sentido, o combate às apropriações dos meios de produção de uma integrante do grupo por outra (geralmente, a controladora) requer sopesamentos, sob pena de se negar a própria existência do modelo. Em outras palavras, ao contrário do que foi visto no âmbito societário tradicional, a confusão patrimonial nas empresas grupadas não é tida como forma automática de abuso de direito, o que representa o principal paradoxo do sistema plurissocietário. Mais uma vez, o Direito Empresarial se vê diante da dificuldade de estabelecer um equilíbrio entre a tutela do crédito e o incentivo ao empreendedorismo, acabando por se valer de técnicas e métodos contraditórios para solucionar os problemas apresentados em concreto.

4 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS SOBRE A CONFUSÃO PATRIMONIAL

4.1 Contexto e objetivos da Lei da Liberdade Econômica

“Desde a sua origem, o direito comercial liga-se ao mercado, ordenando a dinâmica estabelecida entre os mercadores”. Assim esclarece Paula Forgioni quanto ao escopo da disciplina, e complementa: “O direito mercantil não é concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o funcionamento do mercado; o interesse da empresa é protegido na medida em que implica o bem do tráfico mercantil”²⁹².

No mesmo sentido, leciona Eros Grau:

(i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;

(ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado;

(iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.²⁹³

A partir desses conceitos, podem ser extraídas duas premissas básicas para a compreensão do atual cenário do Direito Empresarial e, conseqüentemente, do contexto de publicação da LLE. A primeira delas diz respeito à imprescindibilidade, para a existência e o funcionamento do mercado, de um direito racional, que garanta a devida segurança jurídica e previsibilidade aos agentes econômicos. Nas clássicas razões de Max Weber, “para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas”²⁹⁴.

²⁹² FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 14-15.

²⁹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30.

²⁹⁴ WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Tradução: Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 251.

A segunda premissa, baseada na perspectiva da inafastável existência de normas exógenas incidentes sobre o mercado²⁹⁵, está relacionada ao fato de que o Direito Empresarial, como já mencionado, é marcado pela busca constante do equilíbrio entre o incentivo ao empreendedorismo e a tutela do crédito. Tomando como exemplo a temática até aqui desenvolvida, menciona-se a própria evolução das regras de limitação da responsabilidade patrimonial, que surgiram para permitir o cálculo do risco empresarial e estimular os investimentos, mas que, com o tempo, demandaram a regulação das hipóteses de abuso desse direito em prejuízo, principalmente, dos credores.

Trata-se, na verdade, de um reflexo da história e do desenvolvimento da sociedade capitalista. A conhecida formação do Estado Moderno (de cunho liberal), a partir da Revolução Francesa contra a monarquia absoluta, e, posteriormente, a sua transição para o modelo de Estado Social (de caráter intervencionista), demonstram a constante oscilação do mercado que, como instituição jurídica, exige a garantia da liberdade econômica de maneira regulamentada, ordenada e segura.

Com efeito, é antiga a contraposição entre os direitos de liberdade e igualdade, que se combinam em uma constante tentativa de harmonização formada por um movimento pendular ora tendente a ações protecionistas, ora a necessidades libertárias²⁹⁶. Não é à toa que o chamado Estado Democrático de Direito, para além de representar a evolução e a união das características dos modelos anteriores, nasce com a pretensão de permitir a efetiva conciliação entre os diversos interesses de uma sociedade pluralista, por meio do exercício da democracia participativa²⁹⁷.

Dentro desse cenário, a Constituição de 1988, no que diz respeito à ordem econômica, adotou o que se denomina de caráter compromissório²⁹⁸, acolhendo valores e ideologias não apenas diversos, como muitas vezes antagônicos. Isto é,

²⁹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

²⁹⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Editorial Atlas, 2006, p. 5. “Em termos macroscópicos, hoje é possível perceber-se que a ação do Estado no modo de produção capitalista oscila como um pêndulo, entre sua atividade mais intensa e a sua retração, privilegiando-se ora o intervencionismo, ora a liberdade de iniciativa”.

²⁹⁷ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988, p. 15-34.

²⁹⁸ CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 116. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. Pode ser subsidiária e excepcional a intervenção do Estado sobre o exercício de atividades econômicas? O artigo 2º, III, da Lei nº 13.874/19 e a Constituição. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 153-169.

estão presentes no mesmo texto constitucional tanto normas de aspiração liberal, como normas de cunho intervencionista. São clássicos os exemplos da previsão da propriedade privada e da sua função social como princípios da ordem econômica brasileira, bem como dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como fundamentos da República²⁹⁹. Nas palavras de Gilmar Mendes:

A livre-iniciativa se afigura como real direito fundamental autônomo com contornos essenciais definidos, demarcando um núcleo de proteção da liberdade individual. O conteúdo do princípio da livre-iniciativa, contudo, não deve ser compreendido como a base de um modelo puramente absenteísta de Estado na ordem econômica brasileira. A essência compromissória do nosso texto constitucional é concretizada pela previsão de outras diretrizes de intervenção estatal no domínio econômico que se contrapõem à perspectiva liberal tradicional. Nesse sentido, citem-se os princípios da função social da propriedade (art. 170, III), de defesa do consumidor (art. 170, V) e da proteção ao meio ambiente (art. 170, VI). Em razão da vigência desses preceitos, diz-se que a posição que mais se coaduna com a nossa Carta Maior é a de busca por uma situação de ponderação entre os valores de livre-iniciativa e de justiça social.³⁰⁰

É de se notar, assim, que a posição encampada pela Lei Fundamental brasileira não determina um programa único e imutável para a atuação do Estado no tocante à questão econômica. Na realidade, ela confere uma significativa abertura de possibilidades de escolhas, a serem realizadas pelos representantes do povo democraticamente eleitos no exercício de suas funções³⁰¹ – respeitando-se, por óbvio, os limites constitucionais estabelecidos.

²⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (...)”.

³⁰⁰ MENDES, Gilmar. Liberdade Econômica e alienação de Empresas Estatais: reflexões a partir do julgamento da ADI nº 5.624. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 33-46.

³⁰¹ CYRINO, André. A Constituição Econômica e a Lei nº 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 197-210. “(...) tem-se no Brasil uma Constituição de caráter compromissório, que estabelece um alargado espectro de possíveis conformações da economia brasileira, consoante decisões a serem tomadas pelos órgãos democraticamente eleitos”.

SARMENTO, Daniel. Pode ser subsidiária e excepcional a intervenção do Estado sobre o exercício de atividades econômicas? O artigo 2º, III, da Lei nº 13.874/19 e a Constituição. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 153-169. “O caráter compromissório da Constituição abre razoável espaço para que as escolhas econômicas sejam definidas pela política democrática. Não se infere da Lei Fundamental um modelo rígido e fechado

Diante dessa perspectiva, Amanda Flávio de Oliveira ressalta que, especialmente a partir da década de 1990, o texto constitucional brasileiro sofreu importantes alterações sinalizando em um sentido de afastar a intervenção estatal na economia e conferir maior liberdade aos agentes. Segundo a autora, são exemplos disso “a revogação do art. 171 e a nova redação do art. 170, inc. IX, pela Emenda Constitucional n. 6. de 1995; assim como a alteração substancial realizada pela Emenda n. 40, de 2003, em relação ao art. 192”³⁰².

No plano infraconstitucional, todavia, ainda não havia qualquer regulamentação quanto ao direito de livre-iniciativa ou de liberdade econômica, que garantisse e concretizasse os dispositivos expressos da Carta de 1988. Assim, foi em razão dessa vacuidade legislativa que, em 30 de abril de 2019, o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 881/19, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecendo garantias de livre mercado.

Em sua exposição de motivos³⁰³, a referida Medida Provisória aponta que o Brasil ocupa a “150º posição do ranking de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144º posição no ranking de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123º posição no ranking de Liberdade Econômica e Pessoal do CatolInstitute”, o que seria motivado por uma realidade representada pelo alto índice de desemprego, aliado à estagnação econômica e à falta de crescimento da renda dos brasileiros. Proclama, ainda, que o remédio para a crise econômica enfrentada pelo país perpassa pela garantia da liberdade econômica, por meio da instituição de “medidas de controle e diminuição do aparelho burocrático” estatal. Veja-se:

O objetivo desta Medida Provisória diferencia-se das tentativas do passado por inverter o instrumento de ação, ao empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal, ao invés de simplesmente almejar a redução de processos que, de tão complexos, somente o mapeamento seria desgastante e indigno, considerando que os mais vulneráveis aguardam por uma solução. Assim, dez direitos para situações concretas foram elaborados no corpo de uma Declaração de Liberdade Econômica, com o objetivo de alterar em caráter emergencial a realidade do Brasil. São os direitos do brasileiro contra um Estado irracionalmente controlador.

de intervenção do Estado na economia. A exata dosimetria da atuação estatal nessa área depende de escolhas que o povo faz de tempos em tempos, ao participar de eleições”.

³⁰² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Lei de Liberdade Econômica: constitucionalidade Apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 181-196. No mesmo sentido: CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 116.

³⁰³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

Não há como negar a pretensão liberal assumida abertamente pela MP n. 881/19, promovendo intensos debates, não apenas no tocante ao aspecto jurídico das medidas apresentadas, como também, e talvez sobretudo, quanto à postura ideológica adotada. Nesse sentido, destaca-se o ajuizamento da ADI n. 6156³⁰⁴ perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da matéria tratada pela MP n. 881/19, em suposta violação ao caráter social do modelo estabelecido em 1988.

Sobre o assunto, é importante destacar que o presente trabalho não tem como objetivo analisar criticamente a publicação da MP n. 881/19 e a sua conversão na LLE, tampouco adotar uma posição quanto à constitucionalidade ou não dos dispositivos instituidores da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica³⁰⁵. Pretende-se, ao invés, proceder a um estudo técnico-jurídico dos impactos práticos advindos da nova legislação, considerando a sua plena vigência, desde a data de sua publicação, que trouxe diversas repercussões para o dia a dia da atividade empresarial. Em especial, busca-se examinar as mudanças acerca da confusão patrimonial como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica.

Após a edição da MP n. 881/19, teve início o seu procedimento de conversão em lei, com a apresentação de mais de trezentas emendas parlamentares. Ao final da tramitação, foi publicada a Lei n. 13.874/19, em 20 de setembro de 2019, cuja redação possui significativas diferenças em relação ao texto inicialmente encaminhado pelo Poder Executivo³⁰⁶.

A Lei, que passou a ser conhecida como Lei da Liberdade Econômica, pode ser dividida em três núcleos principais, conforme destacou Ricardo Villas Bôas Cueva³⁰⁷. O primeiro deles estabelece normas gerais de direito econômico, com destaque para a especificação de seus objetivos e princípios norteadores. São eles:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

³⁰⁴ Além desta, também foram propostas contra a MP n. 881/2019 as ADIs n. 6184 e 6217.

³⁰⁵ Para tal análise, recomenda-se: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁰⁶ Conferir quadro comparativo disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8007182&ts=1594031004633&disposition=inline>>. Acesso em 28 de julho de 2020.

³⁰⁷ SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 5.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.
(...)

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Como bem observou Sílvio Venosa, os dispositivos acima constituem norma de natureza programática, dirigida essencialmente aos aplicadores da lei, determinando a conduta a ser adotada pelos agentes públicos e a interpretação a ser seguida pelos magistrados nos casos relacionados ao exercício da atividade econômica. “Muitas disposições do texto se aproximam do que a doutrina denomina interpretação autêntica. Exorta-se os aplicadores a sustentar positivamente seus princípios de programa. São normas interpretativas expostas pelo próprio legislador”³⁰⁸.

Para além disso, os arts. 3º e 4º da Lei preveem, respectivamente, a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica e as garantias de livre iniciativa³⁰⁹. Assim, em consonância com as razões exaradas na exposição de motivos da MP n. 881/19, tais dispositivos introduzem a orientação desburocratizante da norma, como ferramenta de incentivo ao empreendedorismo e à movimentação da economia. É nítida a intenção do legislador de privilegiar a autonomia da vontade em detrimento da intervenção estatal, visando a, desse modo, diminuir as amarras regulatórias e

³⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MP nº 881) e o direito privado. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, v. 3, n. 1, 2019. Disponível em: <<https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/35>>. Acesso em 29 de julho de 2020. “Nessa norma há sem dúvida um desafio que exige uma nova postura perante as leis e regulamentos, distante dos empedernidos regimes e sistemas que nos sufocam. Oxalá possam todos os aplicadores da lei neste País, em todos os níveis, em todos os Poderes, absorver os elevados ditames da presente lei, em prol de uma sociedade mais justa, mais equânime e menos burocrática”.

³⁰⁹ BRASIL. Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...)”.
BRASIL. Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. “Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: (...)”.

atrair investimentos para o país. Paralelamente, nota-se a busca pela instauração de um ambiente empresarial dotado de maior segurança jurídica, ante a presunção da boa-fé do particular nos atos praticados no exercício da atividade econômica.

As normas gerais da LLE conferem, portanto, a materialidade que faltava ao princípio constitucional da livre-iniciativa, que, como visto, está em constante colisão com os demais valores da ordem econômica brasileira. E, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, quanto mais concreto for o princípio, maior será o peso a ele atribuído pelo intérprete. Segundo o autor, “a concretude robustece o repertório que o julgador constrói acerca da importância, pertinência e valor do correspondente princípio”. Confira-se o seu entendimento:

Quanto mais os juízes estiverem informados acerca dos fundamentos e valores associados a cada um dos princípios em colisão, maiores serão as chances de uma ponderação mais precisa de seus pesos. A falta de um veículo legal de concretude do princípio da livre-iniciativa obstava a adequada e percuciente mensuração de seu peso, quando colidia com os demais princípios do art. 170 da CF, que já tinham sido objeto de tratamento legislativo: defesa do consumidor, valorização do trabalho humano, proteção do meio ambiente e favorecimento da microempresa ou empresa de pequeno porte. (...) A partir da nova lei, o princípio da liberdade de iniciativa ganha relevância na argumentação jurídica acerca da solução que se deve dar aos conflitos entre particulares, em especial empresários.³¹⁰

O segundo núcleo da LLE diz respeito às alterações quanto ao direito público. Nessa seara, destacam-se, por exemplo, as inovações no tocante à regulação econômica, como a dispensa de atos públicos de liberação para o desenvolvimento de atividades econômicas de baixo risco e a aprovação tácita das solicitações de atos públicos de liberação, diante do silêncio da autoridade competente após transcorrido o prazo fixado para resposta³¹¹. Todavia, a principal mudança trazida pela Lei certamente foi a introdução da análise de impacto regulatório, obrigando os órgãos e

³¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios constitucionais na interpretação das normas de direito comercial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 431-450.

³¹¹ BRASIL. Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica; (...) IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei; (...)”.

entidades públicas federais a informarem previamente os possíveis efeitos de seus atos normativos e a sua razoabilidade econômica³¹².

Finalmente, o terceiro eixo³¹³ da Lei n. 13.874/10 traz significativas modificações para alguns institutos de direito privado, tais como a desconsideração da personalidade jurídica, a função social do contrato, as regras de interpretação das relações interempresariais, os fundos de investimento e a criação da sociedade limitada unipessoal. Tendo em vista o escopo deste trabalho, as próximas linhas se concentrarão nas alterações realizadas quanto ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, sempre com base no contexto ora analisado de incentivo ao empreendedorismo e ao desenvolvimento da economia brasileira por meio da promoção da liberdade econômica.

4.2 As alterações promovidas no tocante à desconsideração da personalidade jurídica

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil sofreu importantes transformações e evoluções ao longo dos anos, conforme o fluxo seguido pelo Direito Empresarial e as tendências ora protecionistas, ora libertárias que se destacavam. Recorda-se, a propósito, o surgimento da chamada teoria menor da desconsideração ou desconsideração contemporânea, analisada no item 2.3.2 deste trabalho, responsável por promover uma superutilização do instituto com base em um raciocínio meramente econômico influenciado por uma perspectiva protecionista.

Como visto, essa modalidade procurou adaptar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica às relações envolvendo sujeitos ou bens jurídicos vulneráveis, o que culminou em um distanciamento dos pressupostos clássicos do instituto. Em síntese, ao argumento da necessidade de se estabelecer o equilíbrio do mercado econômico, a teoria menor passou a determinar a suspensão

³¹² Sobre o assunto, recomenda-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório na Lei de Liberdade Econômica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 371-382.

³¹³ Valendo da expressão utilizada pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 5.

da limitação da responsabilidade de maneira cada vez mais discricionária. O resultado não foi outro senão a instauração de um cenário de insegurança jurídica, com a consequente devolução dos riscos de forma a onerar o mercado.

Diante disso, como forma de contrabalancear a aplicação excessiva da desconsideração, surgiu um movimento em sentido contrário e, dessa vez, pautado por uma tendência mais liberal. O fenômeno, que ficou conhecido como “reconsideração” da personalidade jurídica, pretendeu resgatar os seus pressupostos clássicos, retomando a essencialidade da limitação da responsabilidade patrimonial para o funcionamento do mercado econômico e para o incentivo ao empreendedorismo. Observou-se, nesse sentido, a necessidade de uma objetivação do instituto, com a previsão de requisitos e procedimentos de modo mais preciso e detalhado, restringindo o espaço de atuação do aplicador do Direito e, assim, conferindo maior segurança às hipóteses de incidência da desconsideração.

A LLE reflete essa nova conjuntura, apresentando-se como uma reação ao uso desmedido da técnica, com o objetivo de fixar parâmetros e critérios precisos para a sua aplicação. Afinal, de fato, não se pode esquecer que a separação patrimonial e a limitação da responsabilidade são a regra geral do sistema, devendo o seu afastamento ocorrer de maneira excepcional, em hipóteses delimitadas pelo legislador³¹⁴.

Veja-se trecho da exposição de motivos da MP n. 881/19 quanto ao tema:

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.³¹⁵

Cumprido, ainda, destacar que as alterações promovidas pela LLE dizem respeito à teoria maior da desconsideração, ou desconsideração clássica, positivada no Código Civil brasileiro. Com efeito, as legislações específicas e os sistemas de tutela das relações envolvendo presunção de vulnerabilidade permaneceram com

³¹⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 127, 157, 165 e 172.

³¹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

seus textos intocados, prevendo a incidência do instituto diante da mera existência de prejuízo econômico para a parte protegida³¹⁶.

A primeira novidade trazida pela Lei n. 13.874/19 quanto ao tema foi a inclusão do art. 49-A, resgatando previsão contida no Código Civil de 1916³¹⁷, que havia sido retirada em 2002. Observe-se:

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.

É de se notar que o *caput* do dispositivo consagra o princípio básico da autonomia da pessoa jurídica em relação às pessoas físicas que a integram. Trata-se, verdadeiramente, do fundamento da personificação dos entes, responsável por justificar a sua própria criação no ordenamento, como centro autônomo de imputação, dotado de direitos e deveres próprios e, conseqüentemente, de patrimônio também inconfundível com o de seus membros. Assim, tal previsão, inserida logo antes do art. 50, reforça o caráter excepcional da desconsideração da personalidade jurídica diante da regra geral da separação de esferas e patrimônios.

Lembre-se, ademais, de que é justamente a regra da autonomia patrimonial que propicia a limitação da responsabilidade dos sócios, ao permitir a transferência das entradas de capital para a sociedade personificada. Nesse sentido, inclusive, o parágrafo único do dispositivo esclarece a relevância desse sistema para estimular investimentos e o empreendedorismo, uma vez que a responsabilidade limitada assegura ao empresário o cálculo do risco de sua atividade, conferindo a previsibilidade e a racionalidade necessárias para o funcionamento do mercado econômico³¹⁸.

³¹⁶ Não se nega que as novas interpretações podem afetar a própria aplicação da teoria menor da desconsideração, mas fato é que não houve alteração legislativa nesse sentido.

³¹⁷ BRASIL. Código Civil de 1916. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

³¹⁸ FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486. “Por meio da responsabilidade limitada, assegura-se, portanto, a socialização parcial do risco empresarial, na medida em que, diante da insuficiência patrimonial da sociedade, serão os credores – e não mais os sócios de responsabilidade limitada – que suportarão os prejuízos. Parte-se da premissa de que, sendo do interesse de todos o fomento ao investimento produtivo, é justo e razoável que a comunidade como um todo possa arcar com parte do risco empresarial, garantindo-se aspectos que são fundamentais para a atividade empresarial, tais como

De modo geral, o art. 49-A inserido pela LLE não traz qualquer novidade em relação ao que já era afirmado pela doutrina e jurisprudência. A sua positivação, no entanto, deriva da necessidade de reafirmar as bases lógicas do regime da personalidade jurídica, especialmente sua autonomia, e da limitação da responsabilidade patrimonial, considerando a anterior tendência de relativização dessas diretrizes. Ademais, a sua previsão reflete as intenções e ideologias do atual legislador brasileiro, na clara tentativa de incentivar empreendimentos e atrair investidores. Não há como deixar de notar, ainda, a alusão à função social da empresa como justificativa para a própria excepcionalidade da *disregard doctrine*.

Assim ressalta Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A mera leitura do dispositivo em questão permite concluir que ele positiva conceitos não apenas já recepcionados pela doutrina e pela jurisprudência, como, ainda, que figuram como pressupostos lógico-autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica. É dizer, de acordo com o que foi debatido anteriormente, para que se realize a desconsideração é necessário que exista uma pessoa jurídica autônoma, centro de imputação de direitos e de deveres, sendo a própria ideia de pessoa jurídica derivada da necessidade de externalização de riscos. Trata-se, dessa maneira, de disposição legal evidentemente principiológica, que haverá de figurar como importante ponto de partida do raciocínio jurídico a ser desenvolvido nos casos em que se fizer necessário o afastamento do véu corporativo.³¹⁹

Ato contínuo, a LLE conferiu nova redação ao art. 50 do *Codex*, que prevê expressamente a desconsideração da personalidade jurídica. Nos capítulos precedentes, verificou-se que tal dispositivo foi o responsável por positivar a modalidade clássica da desconsideração no ano de 2002, abrangendo aspectos tanto da teoria subjetiva de Rubens Requião, quanto da teoria objetiva de Fábio Konder Comparato. A finalidade, naquela época, era estabelecer contornos mais precisos para o instituto, ainda pouco explorado do ponto de vista legislativo.

Todavia, a própria publicação da Lei n. 13.874/19 demonstra que o referido escopo não foi totalmente cumprido, sendo necessário um novo tratamento da matéria, a fim de delimitar de maneira mais eficiente as hipóteses autorizadas da

segurança jurídica, previsibilidade e calculabilidade do risco. Daí por que o parágrafo único do art. 49-A do CC, incluído pelo art. 7º, da Lei 13.874/2019, teve a preocupação de ressaltar 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'.

³¹⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e Lei de Liberdade Econômica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 515-528.

desconsideração. Diante disso, o atual diploma, além de alterar a redação do *caput* do art. 50, passou a prever cinco parágrafos para a norma. Confira-se:

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.

§ 1º 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.

§ 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

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º 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.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

A primeira observação que se destaca diz respeito à manutenção do texto básico do *caput*, com algumas pontuais modificações. A nova Lei manteve a expressão “abuso da personalidade jurídica”, provavelmente por ser nomenclatura consagrada, mas que deve ser interpretada como abuso da limitação da responsabilidade, conforme já analisado. Restou conservada, assim, a conexão entre o instituto da desconsideração e o abuso de direito. Da mesma forma, foram mantidas as duas hipóteses caracterizadoras do uso abusivo do benefício da responsabilidade limitada, quais sejam, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, preservando a influência simultânea das teorias subjetiva e objetiva da desconsideração.

Permaneceram, ainda, os mesmos legitimados a requerer a aplicação do instituto (as partes e o Ministério Público), em conformidade com o que também determina o Código de Processo Civil de 2015³²⁰. Por fim, a redação preservou a menção ao fato de que a desconsideração somente incide sobre “certas e determinadas relações de obrigações”, esclarecendo que “o negócio jurídico alvo desta medida subsiste válido em toda a sua extensão, bem como eficaz em relação

³²⁰ Ressalte-se que o tratamento processual da matéria será aprofundado no capítulo seguinte, com enfoque na hipótese da confusão patrimonial.

aos demais sujeitos não beneficiados”³²¹. Isto é, não há falar na extinção da personalidade jurídica ou da limitação da responsabilidade prevista em lei; há, na verdade, a suspensão circunstancial dessa prerrogativa diante de um caso concreto e em relação a credor específico.

Quanto às inovações acrescidas ao *caput*, destacam-se a utilização da terminologia “desconsiderar”, que ainda não era expressamente prevista no âmbito do Código Civil, e, sobretudo, a restrição do alcance subjetivo do instituto para os sócios ou administradores “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”. Esta, com efeito, constitui a principal mudança do enunciado e requer algumas considerações.

A redação original do art. 50 mencionava apenas os sócios ou administradores, de maneira genérica, abrindo espaço para que pudessem ser responsabilizados, até mesmo, aqueles minoritários, sem capacidade decisória e que sequer se envolvem na rotina da sociedade. A grande abrangência do dispositivo permitia, assim, condenações injustas, de maneira automática, perpetrando um quadro de significativa insegurança³²². Por isso, foi salutar a modificação realizada pela LLE, delimitando a eficácia subjetiva da teoria maior da desconsideração e determinando que os efeitos relativos à suspensão da limitação da responsabilidade patrimonial devem atingir somente os sócios ou administradores³²³ que, de alguma forma, se favorecerem do abuso³²⁴.

É importante destacar que a nova previsão, ao contrário do que possa parecer, não representa a adesão à teoria subjetiva da desconsideração, que preconiza a necessidade de se examinar a intenção do agente de praticar ato abusivo ou contrário ao direito. Na realidade, busca-se analisar a conduta do sócio ou administrador do ponto de vista objetivo e o seu nexó de causalidade com o abuso

³²¹ PARENTONI, Leonardo. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 37.

³²² SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 130; FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

³²³ Lembre-se de que, no caso dos administradores, a desconsideração somente será aplicável nas situações em que não incidir regime jurídico próprio de responsabilização, conforme determina os arts. 1.016 do Código Civil e 159 da LSA.

³²⁴ Inclusive, assim já vinha se posicionando o Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos: STJ, AgRg no AREsp 621926/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20/05/2015; STJ, REsp 1325663/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJe 24/06/2013.

cometido, a fim de orientar a incidência da norma sobre os verdadeiros responsáveis pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.³²⁵

Ademais, há que se questionar a suficiência do critério adotado no sentido de abranger os sujeitos que se beneficiaram do ato, deixando-se de incluir, ao menos em uma interpretação literal, eventuais agentes envolvidos na prática do abuso, independentemente da obtenção de algum benefício. É o que aponta, Ana Frazão:

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.³²⁶

Sobre o assunto, observa-se que, mesmo antes da publicação da LLE, a doutrina já ressaltava a necessidade de se delimitarem os sujeitos alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica, evitando o cometimento de injustiças e buscando garantir maior segurança. Para tanto, alguns autores fixaram critérios para a identificação dos sócios ou administradores responsáveis pelo abuso, tais como: o nível de acesso ao poder de decisão; a possibilidade de modificação da decisão que gera o ato abusivo; e a postura proativa do agente para concretizar o ato ou a vantagem obtida com o abuso³²⁷. Nesse sentido, seria possível responsabilizar, por

³²⁵ Nesse sentido, inclusive, já se manifestava a doutrina defensora da necessidade de delimitação do instituto: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 132-133. “Essa diretriz põe em foco a análise da conduta do sócio (ou do administrador), sem, contudo, acrescentar elemento subjetivo de difícil cognição no momento de aplicação da *disregard*. Não se trata, por óbvio, de querer examinar a intenção do agente, mas sim extrair dados objetivos a partir da conduta dele, elementos que podem orientar a aplicação da teoria. Com efeito, ao examinar qual sócio, efetivamente, se beneficiava com transferências irregulares de recursos, qual administrador utilizava indevidamente bens da sociedade, não se está aplicando a desconsideração da personalidade jurídica na sua vertente subjetiva — tão criticada pela doutrina; muito pelo contrário, o que se busca é objetivar e acurar o remédio por meio da avaliação das condutas dos indivíduos, buscando justamente atingir aqueles que merecem ser atingidos”.

³²⁶ FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

³²⁷ Tais critérios foram mencionados por Gustavo Saad Diniz ao tratar da subcapitalização societária como hipótese configuradora da desconsideração da personalidade jurídica. DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 237. “a) nível de acesso ao poder de decisão; b) possibilidade de modificação da decisão que subcapitalizar a sociedade; c) postura proativa do sócio para concretizar a subcapitalização ou vantagem obtida com a transferência do capital próprio”.

exemplo, aquele sócio que deveria ter evitado a prática abusiva, ou aquele que contribuiu para a realização do ato, ainda que dele não tenha se beneficiado³²⁸.

Ainda com relação aos efeitos subjetivos da *disregard doctrine*, há quem defenda que estes não deveriam se limitar apenas aos sócios e administradores, podendo recair sobre qualquer pessoa física ou jurídica que tenha se favorecido com o abuso. Assim afirma João Pedro Scalzilli no tocante à confusão patrimonial, mas cujo raciocínio pode ser aplicado para as demais hipóteses da desconsideração. Veja-se:

Além disso, em determinados casos, também é possível responsabilizar outra pessoa jurídica, ainda que esta não seja sócia ou pertencente a um mesmo grupo econômico. Basta que haja fortes indícios de confusão patrimonial. Nessa linha, e com muito mais razão, é plenamente possível responsabilizar sociedades do mesmo grupo, ainda que não tenham laços societários direto. (...) Da mesma forma, é possível responsabilizar pessoas físicas que estejam em situação de promiscuidade patrimonial ainda que essas não sejam formalmente sócias nem administradoras da sociedade, especialmente quando a pessoa se porta como tal, inclusive firmando contratos (não se trata aqui de responsabilização decorrente da tutela da confiança, mas de responsabilizar um potencial sócio oculto, que não figura no contrato ou estatuto social porque não pode ou não lhe convém).³²⁹

Apesar de tais questionamentos, de um modo geral, a inovação trazida pela LLE ao *caput* do art. 50 do Código Civil brasileiro foi relevante para regular a abrangência do instituto da desconsideração, afastando a possibilidade de imputação

³²⁸ No mesmo sentido: NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica – o avesso do avesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 451-466. “A situação dos sócios de maior participação societária e dos administradores da pessoa jurídica merece, contudo, maior reflexão. Isso porque, eles, pela sua posição, têm obrigação legal de evitar o uso irregular da pessoa jurídica. Embora não respondam pelo mero insucesso comercial, a situação pode ser distinta se for o caso de fraude, descarado abuso, desídia e aguda negligência. Nesses casos de gritante uso ilegal da pessoa jurídica, ainda que esses sócios ou administradores não tenham experimentado nenhuma vantagem, podem, excepcionalmente, ser chamados a responder por dívidas não pagas da sociedade”.

³²⁹ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 134-135.

Além do exemplo do sócio oculto mencionado por Scalzilli, pode-se pensar na figura do ex-sócio que tenha participado ou se beneficiado do abuso. Sobre o assunto, merece destaque a lição de Ana Frazão, citando julgado do STJ (REsp 1180714/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 06/05/2011): FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486. “(...) o Superior Tribunal de Justiça tem interessante precedente que permite a desconsideração em relação a ex-sócios mesmo por dívida contraída após a saída deles, sob o fundamento de que a insolvência decorreu de atos praticados enquanto ainda eram sócios. Todavia, com certa frequência ex-sócios sofrem as consequências da desconsideração de maneira totalmente indiscriminada, motivo pelo qual tal questão poderia ter sido objeto de tratamento específico pela Lei de Liberdade Econômica”.

de responsabilidade aos sócios minoritários, que não exercem influência sobre a atuação da pessoa jurídica.

Avançando para a análise dos parágrafos inseridos pela LLE no mesmo artigo, verifica-se a tentativa do legislador de estabelecer critérios objetivos para a suspensão da responsabilidade limitada no caso concreto. Nesse sentido, os parágrafos primeiro e segundo buscaram conceituar as hipóteses mencionadas no *caput*, de desvio de finalidade e confusão patrimonial, determinando as suas formas de configuração.

O primeiro define o desvio de finalidade como “a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”. Cumpre ressaltar que a redação originária prevista pela MP n. 881/19 trazia o elemento “dolo” para a caracterização do desvio de finalidade³³⁰, o que foi posteriormente suprimido, não prevalecendo na LLE. A retirada da exigência do dolo foi aplaudida por grande parte dos juristas brasileiros, que têm defendido a predominância da teoria objetiva da desconsideração, por ser a “mais afinada à nossa realidade socioeconômica e sensível à condição *a priori* mais vulnerável daquele que, tendo o seu direito violado, invoca o instituto”³³¹.

Desse modo, defende-se que o legislador optou por uma visão mais contemporânea, que dispensa a análise da intenção do agente de prejudicar o interesse de terceiros, estando “em harmonia com o entendimento dominante hoje, no sentido de que o reconhecimento do abuso do direito independe de culpa (assim o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal)”³³². Entretanto, não se pode deixar de notar que o dispositivo, apesar de não exigir a presença do dolo, menciona expressamente o “propósito de lesar credores”, colocando em dúvida tal interpretação.

Com efeito, partindo de uma perspectiva literal, a referida expressão traduz a necessidade de se perquirir o elemento intencional do sujeito, aproximando-se da

³³⁰ Redação dada pela MP n. 881/19: “§1º 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”.

³³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Lei n. 13.874 de 2019 (Liberdade Econômica): a Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Vigência do Novo Diploma*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760054174/artigo-do-professor-pablo-stolze-gagliano-sobre-a-lei-13784-2019-lei-da-liberdade-economica>>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

³³² NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica – o avesso do avesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 451-466.

teoria subjetiva. A locução, todavia, não existe de maneira isolada, estando acompanhada da noção de que o desvio de finalidade também se caracteriza pela utilização da pessoa jurídica “para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”, abrangendo, portanto, as situações não dolosas. Assim afirma Ana Frazão:

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”, fica evidente a adoção da modalidade culposa, ainda que a expressão “ilícitos de qualquer natureza” possa dar margem a divergências interpretativas.³³³

Ademais, sabe-se que o desvio de finalidade foi previsto como hipótese de abuso do direito de limitação da responsabilidade patrimonial, e que o abuso de direito tem sido tratado no direito pátrio de maneira independente da aferição de qualquer elemento intencional. Portanto, com base em uma interpretação sistemática, o desvio de finalidade não pode ser qualificado única e exclusivamente pela modalidade dolosa.

Da mesma forma, Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti destacam a finalidade do Direito Civil “de apreensão objetiva das condutas e distanciamento da averiguação das intenções, subjetivamente consideradas, das partes”, bem como a intenção do legislador, ao retirar a expressão “dolosa” prevista na MP n. 881/19, de afastar a adoção da teoria subjetiva. Veja-se o entendimento dos autores:

A redação parece indicar tratar-se de requisito de essência subjetiva – de difícil prova, se não impossível – relacionada à intenção do sócio ou administrador que cometeu o abuso de assim fazê-lo, o que vai de encontro ao propósito do Direito Civil de apreensão objetiva das condutas e distanciamento da averiguação das intenções, subjetivamente consideradas, das partes. Nessa direção, a melhor interpretação do requisito lido conjuntamente com o pressuposto de “prática de ato ilícito de qualquer natureza”, seria no sentido de se averiguar a antijuridicidade da prática de ato que não se coaduna com o objeto social, independentemente do propósito daquele que cometeu o ato abusivo. Tal leitura se coaduna com a exclusão, no contexto de tramitação da MP nº. 881/2019, do adjetivo “dolosa”, que qualificava a utilização da pessoa jurídica quando da definição de desvio de

³³³ FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

No mesmo sentido, confira-se o ensinamento de Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti, citando Sergio Cavalieri Filho: TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-514. “Ademais, o ato ilícito referido no § 1º do artigo 50 do Código Civil deve ser entendido como ato ilícito lato sensu, isto é, ‘conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico’”.

finalidade, reconhecendo-se em boa hora o retrocesso que representaria atrelar o desvio de finalidade a elemento intrinsecamente subjetivo.³³⁴

Assim, embora mantida a expressão “propósito de lesar credores”, a doutrina tem defendido, de maneira acertada, que seja feita uma interpretação ampla³³⁵ do §1º do art. 50 do Código Civil. Independentemente da análise da intenção do agente, o desvio de finalidade deve ser entendido como a “violação do centro de interesses autônomo que justifica a personalidade da pessoa jurídica, combatendo o comportamento do sócio ou administrador que age em desconformidade com o sistema jurídico”³³⁶.

Ainda sobre a mesma matéria, o §5º do art. 50 estabelece que “Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”. Com efeito, andou bem o legislador, pois, como apenas visto, a ideia de desvio carrega em si a noção de desrespeito ao instituto da pessoa jurídica e da responsabilidade limitada, o que não pode ser confundido com eventual alteração de sua atividade feita de maneira regular. A regra, contudo, deve ser aplicada em observância aos limites da juridicidade, não podendo ser utilizada como escusa para permitir a isenção de responsabilidade dos

³³⁴ TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-514.

³³⁵ Com efeito, foram adotados os critérios interpretativos de Karl Larenz – o sentido literal, o contexto significativo da lei, a intenção reguladora do legislador histórico e os critérios teleológicos-objetivos. Conferir em: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450-489. “Nos critérios apontados não se trata, como foi repetidamente sublinhado, de diferentes métodos de interpretação, entre os quais o intérprete pudesse porventura escolher segundo o seu arbítrio, mas de pontos de vista directivos, a que cabe um peso distinto. (...) Uma vez que o sentido literal delimita a interpretação possível de uma disposição, é recomendável começar por ele; com isso, é-se logo conduzido ao contexto significativo, em que esta disposição surge na relação com outras. Este deve, por sua vez, ser visto tomando como pano de fundo o escopo da regulação. O peso em cada caso dos diferentes critérios depende, não em último lugar, do modo como se apresentam no caso concreto. Frequentemente podem apoiar-se reciprocamente. (...) Podem surgir resultados contraditórios, sobretudo quando, devido ao decurso do tempo, a uma mudança da situação normativa ou dos princípios jurídicos outrora determinantes, deixa de aparecer como plausível a interpretação originária, orientada ao fim do legislador histórico ou às ideias normativas dos autores da lei. (...) Em suma, a maioria dos problemas da interpretação pode assim resolver-se de modo metodologicamente adequado”.

³³⁶ TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-514.

sócios ou administradores nos casos de aumento do risco da empresa que cause danos aos credores³³⁷. É o que alerta Ana Frazão:

(...) o ideal é que se aplique irrestritamente a regra do § 5º para as alterações que não repercutam significativamente sobre o risco da atividade, admitindo-se a possibilidade de se cogitar da desconsideração quando houver aumento considerável do risco empresarial, que subverta as legítimas expectativas que os credores sociais tinham no momento em que o crédito foi constituído de tal modo que isso possa ser considerado um desvio de finalidade.³³⁸

A segunda hipótese autorizadora da desconsideração da personalidade jurídica, a confusão patrimonial, foi abordada pelo §2º do art. 50 do Código Civil, incluído pela Lei n. 13.874/19. Assim como o parágrafo precedente, esse cuidou de conceituar o fenômeno e, em seus incisos, procurou estabelecer parâmetros objetivos para a sua caracterização fática. Por se tratar do tema principal deste trabalho, a análise de tais dispositivos será feita separadamente, a saber, no item 4.3 do atual capítulo.

O §3º da norma, também inserido pela LLE, foi responsável por prever a figura da desconsideração inversa, que já era uniformemente adotada pela doutrina e pela jurisprudência³³⁹. Cuida-se da hipótese na qual o patrimônio da pessoa jurídica é atingido em razão de obrigações pessoais assumidas pelos seus membros, quando

³³⁷ NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica – o avesso do avesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 451-466. “Isso não significa, de outra ponta, que os sócios e administradores da pessoa jurídica podem modificar sua atividade, gerar um grande dano aos seus credores e, por conta da norma legal, escapar de qualquer responsabilidade”.

³³⁸ FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

³³⁹ Assim já entendia, por exemplo, Fábio Konder Comparato, lembrando que a primeira edição de sua obra foi publicada ainda em 1976: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 399. “Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados por sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial *de facto*. Da mesma forma, num caso de seguro contra incêndio em favor de uma sociedade anônima, provando-se que o sinistro foi causado pelo seu maior credor e controlador de fato, com o objetivo de executar, em seguida, o produto da indenização a ser pago pela seguradora, julgou-se que a companhia não tinha direito a essa indenização”.
No mesmo sentido, confira-se o Enunciado n. 283 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.
Na jurisprudência: STJ, REsp 948117/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 03/08/2010 (disponível no Informativo n. 440).

verificado o abuso do direito de limitação da responsabilidade. Isto é, quando as hipóteses dos parágrafos primeiro e segundo são observadas em prejuízo aos credores das pessoas físicas dos sócios ou administradores. Por exemplo, nas situações em que estes desviam seus bens particulares para a sociedade, que deles se apropria irregularmente (confusão patrimonial)³⁴⁰.

Registre-se que, recentemente, o Código de Processo Civil de 2015 já havia contemplado essa modalidade, em seu art. 133, §2º, ao versar sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A previsão na LLE funciona como um reforço importante: “a sua inserção de forma expressa em diploma legislativo de direito material – ainda que não com o termo específico de ‘desconsideração inversa’ – afasta qualquer tipo de dúvida a respeito da validade [de sua aplicação]”³⁴¹.

A LLE trouxe, ainda, previsão relativa aos grupos societários, adicionando o §4º ao art. 50 do Código Civil, e determinando que “a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”. Como visto no capítulo antecedente, o instituto já vinha sendo aplicado pelos tribunais para resolver as questões de responsabilidade envolvendo o funcionamento das empresas grupadas. Faltava, contudo, tratamento normativo sobre o tema.

Nesse sentido, a inovação trazida pela LLE foi importante para suprir essa lacuna e, ao mesmo tempo, confirmar o entendimento adotado no sentido de que a desconsideração não deve ser aplicada automaticamente em razão da simples existência de um grupo empresarial. Em outros termos, a formação dessa modalidade societária não configura, por si só, ato ilícito – aliás, o próprio ordenamento jurídico prevê e autoriza a sua constituição (LSA). Assim, a desconsideração da personalidade jurídica envolvendo grupos econômicos requer a prova do abuso do direito de limitação da responsabilidade, nos termos do art. 50 do Código Civil.

³⁴⁰ NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica – o avesso do avesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 451-466. “Isso ocorre, por exemplo, se uma pessoa jurídica encerra suas atividades abruptamente, transferindo seus ativos (e, até mesmo, seu fundo de comércio) para outra sociedade da qual é sócia. Nesses casos, a segunda pessoa jurídica responderá por dívidas de seus integrantes, pelo mesmo fundamento: o ordenamento jurídico não protege o abuso”.

³⁴¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e Lei de Liberdade Econômica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 515-528.

Todavia, conforme analisado, muito se discute quanto à adequação do instituto para lidar com os agrupamentos societários, uma vez que a *disregard doctrine* foi desenvolvida com base no funcionamento das sociedades isoladas, ignorando-se as peculiaridades que envolvem os grupos (unidade econômica e independência jurídica). Com efeito, a principal questão que se coloca diz respeito à existência de uma promiscuidade patrimonial inerente às relações intersocietária, que, em tese – e contrariando a regra agora positivada –, ensejaria o levantamento do véu corporativo da empresa grupada.

Em razão disso, afirma-se que ainda permanece um vácuo normativo no que tange à responsabilização para o cenário específico dos grupos econômicos³⁴². O legislador da LLE não enfrentou o problema de fato, limitando-se a determinar a incidência da desconsideração da personalidade jurídica para essas formações, sem, contudo, se atentar para as distinções e especificidades do regime plurissocietário. Nas palavras de Ana Frazão, “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”³⁴³.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que a LLE incluiu, no art. 980-A do Código Civil (responsável por regular o instituto da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI), o §7º, levantando alguns questionamentos acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sobre a referida categoria empresarial. A nova disciplina assim determinou: “Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude”.

³⁴² FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486. “É inequívoco que a questão dos grupos merecia uma atenção do legislador, seja para estabelecer mais adequadamente os pressupostos objetivos da desconsideração, seja para estabelecer a eficácia subjetiva. Isso porque, em muitos casos, em razão da dívida de uma das sociedades do grupo, a desconsideração atingia indiscriminadamente todas as sociedades. Todavia, ao prever tal regra – que, em princípio, está correta – sem criar, em contrapartida, 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”.

³⁴³ FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e impactos sobre desconsideração da personalidade jurídica. *Jota*, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/lei-de-liberdade-economica-e-impactos-sobre-desconsideracao-da-personalidade-juridica-21112019>>. Acesso em 12 de agosto de 2020.

O dispositivo pretendeu, note-se, reforçar a separação entre o patrimônio da EIRELI e o de seu titular, em consonância com o já analisado art. 49-A e com os objetivos gerais da Lei n. 13.874/19, de garantir a liberdade econômica e ampliar a segurança jurídica nas relações empresariais. Conforme destacou André Santa Cruz Ramos, a norma buscou “estabelecer uma contrapartida à exigência de capital mínimo para a constituição da EIRELI”, conferindo o “bônus de maior proteção patrimonial do titular”³⁴⁴.

Para tanto, optou o legislador por retomar a redação do antigo §4º do art. 980-A do Código Civil³⁴⁵, que havia sido vetado quando da publicação da Lei n. 12.441/11, que instituiu a EIRELI. Confira-se os fundamentos exarados na exposição de motivos da MP n. 881/19:

Também se prestigia o valoroso papel de avanço, por mais liberdade econômica, pelo Congresso Nacional, ao se restaurar os fins devidos para que a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) foi criada. Com altos requisitos (e, então, elevados custos de transação para estabelecimento), essa modalidade previa uma desconsideração de personalidade jurídica mais restrita. Entretanto, veto presidencial em outra época acabou por sustar o benefício, sem retirar as obrigações mais elevadas e custosas. Faz-se necessária essa correção, conforme era o intento do Congresso Nacional.³⁴⁶

Destaca-se que as razões do veto do dispositivo anterior estavam relacionadas à sua incompatibilidade com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tal qual previsto na redação original do art. 50 do Código Civil. A Presidência da República, na Mensagem nº 259, de 11 de julho de 2011, se manifestou no seguinte sentido:

Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão 'em qualquer situação', que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.

³⁴⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 78. No mesmo sentido: ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Singularidade Societária na Lei de Liberdade Econômica – Algumas Considerações Sobre a Limitada e a EIRELI sob as Modificações da Lei nº 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 529-550.

³⁴⁵ Dispositivo vetado: “§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente”.

³⁴⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

Provavelmente devido a esse teor, o §7º inserido pela LLE acrescentou a expressão “ressalvados os casos de fraude”, ao final da redação da norma. Com efeito, o sentido literal do dispositivo parece restringir a aplicação da *disregard doctrine* quanto à EIRELI para somente quando verificada a ocorrência de fraude, exigindo a presença do elemento subjetivo intencional de prejudicar terceiros.

Em outras palavras, a restrição trazida pelo §7º do art. 980-A impede a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à EIRELI nas hipóteses objetivas, em que não há o intuito de lesar. Isso, contudo, tem gerado diversos questionamentos, promovendo efeito adverso de aumento da insegurança jurídica. A título de exemplo, eventual situação de confusão patrimonial entre a EIRELI e o seu titular, caso não verificado o elemento subjetivo da intenção de fraudar, não autorizaria a incidência da desconsideração, impossibilitando a tutela do credor prejudicado.

Sobre o assunto, destacam-se os comentários de Leonardo Parentoni acerca do Projeto de Novo Código Comercial da Câmara dos Deputados, que também se valeu da expressão fraude para se referir à desconsideração³⁴⁷:

Ao invés de aludir a “abuso da personalidade jurídica”, como fizeram o art. 50 do Código Civil e o Projeto de Novo CPC, o legislador optou pelo termo “fraude” como núcleo do instituto. Isto traz inconvenientes, porque a fraude pressupõe elemento subjetivo (recorde-se a explanação do Capítulo IV, sobre o elemento subjetivo na fraude à execução). Diversamente, a desconsideração clássica requer malversação de esferas decisórias ou patrimoniais. Se, por um lado, a desconsideração tem como um de seus objetivos coibir a fraude, por outro ela incide além deste escopo, alcançando casos em que se declara a ineficácia da separação patrimonial a partir de razões objetivas, em que não há intenção fraudulenta. Assim ocorre na confusão patrimonial, em que não se indaga acerca da intenção do titular do poder de controle, bastando para caracterizá-la a contabilidade desorganizada. Portanto, afigura-se infeliz a opção pelo termo “fraude” ao invés de “abuso da personalidade jurídica”.³⁴⁸

A inovação trazida pela LLE, ainda, vai de encontro ao entendimento doutrinário majoritário presente no Enunciado 470 da V Jornada de Direito Civil do

³⁴⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572. Autor: Deputado Vicente Cândido. Brasília: 14.06.2011. “Art. 128. Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador”.

³⁴⁸ PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 166.

Conselho de Justiça Federal³⁴⁹, que admite a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica à EIRELI, sem qualquer restrição.

Tendo em vista que a Lei 13.874/19 foi publicada recentemente, ainda não se sabe qual será a interpretação adotada pela jurisprudência brasileira quanto às suas inovações. Por um lado, como restou demonstrado, é inegável que o instituto da desconsideração demandava maior delimitação e requisitos mais objetivos que guiassem o aplicador do Direito na sua configuração diante do caso concreto. Por outro lado, a opção do legislador quanto à restrição do instituto no tocante à EIRELI abre uma lacuna em relação às hipóteses objetivas de abuso do direito de limitação da responsabilidade do titular dessa modalidade empresarial, que deixam de ser remediadas. Em consequência, põe-se em risco a tutela do crédito, especialmente considerando que a EIRELI, por ser formada por apenas um titular, é instituto propício à ocorrência de confusões patrimoniais e de esferas.

4.3 As hipóteses de confusão patrimonial

Os capítulos precedentes demonstraram que o fenômeno da confusão patrimonial foi, por muito tempo, marcado pela ausência de um aprofundamento teórico que lhe concedesse o suporte e a metodologia adequados, sendo definido por hipóteses meramente casuísticas. Verificou-se, ainda, uma dificuldade probatória em relação ao tema, ante a falta de acesso aos meios de prova por parte dos credores prejudicados, aliada à impossibilidade de uma definição genérica das hipóteses configuradoras do fenômeno, tendo em vista as suas múltiplas possibilidades de ocorrência.

Mesmo após o desenvolvimento doutrinário sobre o tema, é de se notar a permanência de uma jurisprudência temerária e displicente quanto à necessária fundamentação das razões. A análise de julgados mais recentes demonstra a manutenção dos padrões anteriores de decisões pouco ou nada aprofundadas em

³⁴⁹ Enunciado 470 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade 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”.

relação aos fatos, pautadas em critérios de equidade e caracterizadas, principalmente, pela replicação de precedentes sem as devidas distinções³⁵⁰.

Diante desse cenário, a LLE pretendeu amenizar esses problemas, notadamente por meio da tentativa de conceituar a confusão patrimonial e esclarecer

³⁵⁰ Cite-se, por exemplo, a apelação cível n. 1.0223.13.008674-5/002, julgada pela 2ª Câmara Cível do TJMG, em 2016, interposta em ação cautelar ajuizada pelo Estado de Minas Gerais contra três pessoas jurídicas e seus sócios, alegando a prática de atos de simulação e fraude e a configuração de sonegação fiscal. Do relatório dos fatos, verifica-se que duas das sociedades réus foram atuadas pelo Fisco estadual por promoverem a saída de mercadorias sem a emissão de nota de fiscal. Buscando se esquivar da dívida, os seus sócios, também réus e familiares, teriam criado nova pessoa jurídica para dar prosseguimento ao exercício da mesma atividade. O juiz de primeiro grau julgou procedente a ação, reconhecendo a existência de sucessão empresarial, bem como responsabilizando os sócios pelo pagamento da dívida, pelo que estes apresentaram a apelação. No acórdão, a Relatora manteve integralmente a sentença, confirmando a ocorrência de sucessão empresarial e a consequente responsabilidade da sociedade sucessora pelos débitos fiscais. Ademais, entendeu pela responsabilidade solidária da sócia administradora pelo encerramento irregular das sociedades anteriores. Por fim, no tocante aos demais sócios, determinou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ao fundamento de terem estes concorrido “para a prática dos atos simulados comprovados nos autos, contribuindo, de forma decisiva, para a caracterização da confusão patrimonial, que permitiu a fraude fiscal”. No mais, mencionou o enquadramento da situação ao art. 50 do Código Civil.

É de se notar, todavia, que o acórdão não aponta qualquer ato de mistura de patrimônios entre os tais sócios e a sociedade, não fazendo referência, nesse sentido, a nenhum documento dos autos. Ainda, sequer explica o significado de confusão patrimonial, muito menos os seus requisitos caracterizadores.

Como outro exemplo, também mais recente, pode-se mencionar o agravo de instrumento n. 1.0517.16.000591-7/001, julgado em 30/05/2018, pela 11ª Câmara Cível do TJMG, interposto contra decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade em ação de execução, para que esta abrangesse os bens de seu sócio administrador, em razão do alegado desvio de patrimônio entre os entes. O acórdão manteve a sentença de primeira grau por entender que o fato de o sócio possuir 14 veículos registrado em seu nome, enquanto a sociedade teria somente 3, leva à presunção de que os bens particulares da pessoa física, na verdade, seriam de uso da pessoa jurídica. Observe-se: “Dessa maneira, há fortes e significantes indícios de que empresa executada utiliza-se de vias oblíquas para esquivar dos seus débitos, já que não há como crer que o sócio administrador, ora segundo agravante, utiliza-se de todos os 14 (quatorze) veículos registrados em seu nome para fins particulares”. Ao final, o Relator mencionou jurisprudência do próprio TJMG para embasar sua decisão, mas que, ao contrário, assim determina: “Não demonstrados, cabalmente, o desvio de finalidade da empresa agravada ou a confusão patrimonial que caracterizasse o abuso apontado, impõe-se o indeferimento da desconsideração da personalidade jurídica” (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.12.105486-0/001, Relator(a): Des.(a) Newton Teixeira Carvalho, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/03/2017, publicação da súmula em 17/03/2017).

Assim, mais uma vez, verifica-se a ausência da fundamentação devida, com a demonstração da ocorrência de apropriação de patrimônio entre os entes. No caso, o julgado aponta um indício do fenômeno, mas não se preocupa nem mesmo em justificar a sua gravidade ou os critérios que levaram à presunção da confusão patrimonial na situação fática analisada. Ademais, cita jurisprudência contraditória que nem mesmo embasa a conclusão alcançada. Parece assim, se pautar por critérios valorativos pessoais de justiça e equidade, buscando, *a posteriori*, argumentos de convencimento.

Por fim, permanecem as contradições entre as decisões e a falta de uniformização, especialmente em se tratando de dissolução irregular de sociedades. Conferir, nesse sentido: TJMG, 14ª Câmara Cível, AI 1.0024.09.737602-4/003, Relator Des. Marco Aurelio Ferenzini, j. 17/08/2017; TJMG, 18ª Câmara Cível, AI 1.0647.14.011354-7/001, Relator Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, j. 27/02/2018; TJMG, 10ª Câmara Cível, AI 1.0145.15.036512-3/001, Relator Des. Vicente de Oliveira Silva, j. 06/02/2018.

a sua caracterização fática. Com efeito, o objetivo do legislador foi o de promover maior segurança jurídica, facilitando a identificação da existência de apropriações indevidas de patrimônios no caso concreto e, assim, conferindo maior previsibilidade à matéria.

Nesse sentido, o §2º do art. 50 do Código Civil, inserido pela LLE, definiu a confusão patrimonial como a “ausência de separação de fato entre os patrimônios” e os seus incisos especificaram a sua configuração nos casos de (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 (iii) “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

Não obstante o esforço legislativo, questiona-se a efetividade do dispositivo e a sua real capacidade de delimitar o fenômeno da confusão patrimonial, conferindo maior segurança jurídica para a sua caracterização. Em primeiro lugar, é de se ressaltar a insuficiência do conceito adotado pela norma, tendo em vista as razões expostas no item 3.3.2 do capítulo anterior. Como observado, para que reste caracterizado o abuso ensejador da desconsideração da personalidade jurídica, não basta que se verifique uma promiscuidade entre os patrimônios da sociedade e de seus sócios, é necessária a identificação de efetivo assenhoreamento de ativos de um ente pelo outro, violando não apenas a regra da autonomia patrimonial, como também o sistema da limitação de responsabilidade.

No que diz respeito ao inciso I, não há como negar que o cumprimento, por parte da pessoa jurídica, de obrigações dos sócios ou administradores evidencia a utilização do patrimônio social para quitar dívidas particulares das pessoas físicas que integram a sociedade, desvirtuando-o de seus interesses e fins precípuos³⁵¹. O mesmo vale para a hipótese inversa. Todavia, parece inadequada e desnecessária a exigência de que tal cumprimento obrigacional se dê de maneira repetitiva, sendo suficiente um único ato nesse sentido para a configuração do abuso do direito de limitação da responsabilidade. Assim sustenta Ana Frazão:

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,

³⁵¹ NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica – o avesso do avesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 451-466.

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.³⁵²

O segundo inciso, por sua vez, busca impedir a livre transferência de recursos entre a pessoa jurídica e seus membros, de maneira irregular, ou seja, sem observar as hipóteses e as formalidades legalmente exigidas. Tal situação também indica a ocorrência de apropriação patrimonial indevida de um ente pelo outro, a contrariar as bases da limitação da responsabilidade, e, de fato, deve autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Como afirma José Roberto de Castro Neves, “procura-se impedir o esvaziamento fraudulento do patrimônio do devedor”³⁵³.

Entretanto, deve-se destacar que a redação do inciso II não trouxe maiores inovações, servindo mais como um reforço ao próprio texto do §2º. Afinal, a hipótese é demasiadamente ampla e não fornece parâmetros objetivos ao aplicador do Direito, da forma como teria pretendido o legislador. Isso se agrava ao considerar, ainda, o que dispõe o inciso III do mesmo dispositivo, que abrange a ocorrência do fenômeno para “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

A doutrina tem, portanto, afirmado que a abertura das cláusulas e dos conceitos adotados acabaram por simplesmente autorizar a desconsideração em relação a todo e qualquer ato que indique a ausência de separação patrimonial, a ser analisado caso a caso pelos tribunais. Dito de outro modo, aparentemente restou frustrada a pretensão legislativa de delimitação das hipóteses configuradoras do fenômeno, “tendo em vista que as tentativas de densificá-la tornaram-se sem sentido diante da previsão ampla do inciso III do § 2º do art. 50 do Código Civil”³⁵⁴.

³⁵² FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

³⁵³ NEVES, José Roberto de Castro. A desconsideração da personalidade jurídica – o avesso do avesso. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 451-466.

³⁵⁴ FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 467-486.

No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-514. “Vale dizer, com essa referência a “outros atos” todo e qualquer ato deverá ser valorado, caso a caso, pelo Judiciário, tornando-se inócuo o dispositivo”.

Em análise jurisprudencial às primeiras decisões proferidas após a publicação da LLE, observa-se a ausência de transformações em relação aos parâmetros anteriores. Isto é, não se verificou qualquer impacto inicial da nova legislação, notadamente no sentido de esclarecer as hipóteses de ocorrência da confusão patrimonial e melhor delimitar os seus critérios e requisitos caracterizadores. Os julgados mantiveram as fundamentações genéricas e pouco aprofundadas, sequer analisando as modificações constantes da atual redação do art. 50 do Código Civil, o que reforça os questionamentos quanto à efetividade da LLE sobre o assunto³⁵⁵.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e Lei de Liberdade Econômica. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 515-528. “Todavia, é inegável que o rol em questão é meramente exemplificativo, uma vez que, no inciso III do art. 50, § 2º, do Código Civil, determina-se que a confusão patrimonial pode ser verificada também em ‘outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial’. Nesse cenário, vislumbra-se a futura necessidade de que a jurisprudência consolide, de forma mais concreta, o que seriam o uso da personalidade jurídica com o propósito de lesar credores e os outros atos de descumprimento da separação patrimonial a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 50 do Código Civil – notoriamente se considerado que ambos os dispositivos se tratam de cláusulas abertas”.

³⁵⁵ Exemplificativamente, é possível mencionar o agravo de instrumento n. 1.0024.08.176177-7/002, julgado em 12/02/2020 pela 11ª Câmara Cível do TJMG, interposto contra decisão de primeiro grau que, em fase de cumprimento de sentença, determinou a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade ré para que pudessem ser atingidos os bens pessoais de seus sócios. No acórdão, os desembargadores entenderam pela manutenção integral da decisão, ao fundamento de que as pesquisas via BACENJUD somente encontraram bens da pessoa jurídica de valores inferiores ao executado, e que, após a sua dissolução, os seus sócios já iniciaram outras atividades semelhantes. No mais, o Relator se limitou a citar trecho da decisão do juiz *a quo*, nos seguintes termos: “Inclusive, conforme bem salientou o MM. Juiz singular ‘evidenciada as manobras por parte dos sócios da empresa no sentido de deslocar patrimônio dá ensejo à desconsideração e ingresso no polo passivo da demanda’”. Cumpre notar, primeiramente, a ausência de menção à LLE e à alteração do art. 50 do Código Civil. Ademais, verifica-se, mais uma vez, a rasa fundamentação do julgado, não havendo nenhuma menção a documentos e provas constantes dos autos, tampouco qualquer justificativa para o enquadramento da situação na hipótese de confusão patrimonial, com a necessária indicação da ocorrência de apropriação indevida de patrimônio entre os sócios e a sociedade. Também pode ser citado o julgamento do agravo de instrumento n. 1.0000.19.102630-1/001, em 15/07/2020, pela 16ª Câmara Cível do TJMG, interposto contra decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica em incidente instaurado nos termos do art. 133 e seguintes do CPC/15. Conforme se extrai do acórdão, a ação originária tratava-se de execução promovida entre duas pessoas físicas, tendo o exequente suscitado a instauração do incidente para fins de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica, visando a atingir bens de sociedades das quais o executado seria membro – alegando a dissolução irregular de uma delas com a ocorrência de sucessão empresarial entre elas. Instaurado o incidente, o pedido foi deferido, passando as sociedades a integrar o processo. Diante dessa decisão, as sociedades interpuseram o agravo ora analisado, alegando, entre outros, a inocorrência de sucessão empresarial e a consequente ilegitimidade passiva da suposta sucessora, não havendo falar em desconsideração para o atingimento de seus bens. Todavia, não foi o que entenderam os desembargadores. Consoante o voto do Relator, acatado pelos Vogais, a sucessão empresarial teria se configurado, uma vez que as sociedades possuem nomes de fantasia similar, comercializam produtos similares, possuem o mesmo número de telefone, o mesmo sócio (o executado), adotam a mesma marca, se localizam em endereços semelhantes (são vizinhas) e mantêm “consciência grupal”. Nesse sentido, o acórdão manteve a decisão de primeiro grau que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa sucessora.

Como visto no item 3.3.3 deste estudo, não há como estabelecer fórmulas gerais para a caracterização da confusão patrimonial, que pode ocorrer de inúmeras maneiras no caso concreto. Com efeito, a pretensão de esgotar as possibilidades de configuração do fenômeno é tarefa inalcançável, não sendo possível ao legislador prever de antemão todas as suas hipóteses de ocorrência, o que dependerá da análise fática e probatória de cada situação. Nesse sentido, o compromisso assumido pela LLE já teria nascido morto por motivos relacionados à própria natureza jurídica da confusão patrimonial. Mas como, então, regular o fenômeno? Haveria alguma maneira adequada para a sua abordagem legislativa que permitisse a sua devida delimitação? E quanto ao aplicador do Direito, como deve ser feita a interpretação das normas relacionadas à confusão patrimonial para a sua constatação em concreto?

Para solucionar essas questões, é necessário recorrer aos estudos acerca da metodologia da ciência jurídica, que possui valor fundamental tanto para esclarecer a correta técnica legislativa a ser adotada, quanto para orientar a atuação do intérprete. Ademais, a contribuição da teoria da confusão patrimonial, já desenvolvida pela doutrina, não pode ser ignorada pelos agentes do Direito, devendo servir de ferramenta para sanar o cenário de insegurança jurídica que permeia a configuração do fenômeno. Tendo como base esses fatores, passa-se, então, à análise de uma metodologia da confusão patrimonial.

É de se notar, entretanto, que, apesar de mencionar a alteração promovida pela LLE no art. 50 do Código Civil, inclusive transcrevendo a sua nova redação, o Relator sequer aponta em qual dos incisos da norma a situação fática teria se enquadrado. Ademais, não diferencia as situações de confusão de esferas e de confusão patrimonial, e não há qualquer justificativa que se refira especificamente as apropriações indevidas de patrimônios entre os entes, a ensejar o remédio da desconsideração da personalidade jurídica. Não se discute, neste momento, se teria ou não havido confusão patrimonial e se a decisão do Tribunal teria sido correta ou não; mas busca-se ressaltar a rasa fundamentação do julgado e a falta de clareza e distinção entre os fenômenos da confusão de esferas e da confusão patrimonial, como reiteradamente demonstrado neste trabalho. Veja-se que, mesmo após a LLE, a jurisprudência permanece insegura, sem conseguir definir com nitidez as hipóteses de ocorrência da confusão patrimonial, ou estabelecer os seus indícios e fundamentar a sua gravidade no caso concreto, esclarecendo os critérios e as razões para cada decisão.

5 A METODOLOGIA DA CONFUSÃO PATRIMONIAL: UMA FERRAMENTA PARA A TEORIA

5.1 A metodologia da ciência do Direito de Karl Larenz e o pensamento sistemático

No prefácio à primeira edição de sua obra, “Metodologia da Ciência do Direito”, Karl Larenz esclarece que “a metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites”³⁵⁶. Partindo dessa premissa, o autor divide o seu texto em duas partes: uma primeira, por ele denominada de “Histórico-Crítica”, na qual expõe a evolução do estudo da metodologia jurídica desde as teorias de Savigny; e uma segunda, chamada de parte “Sistemática”, em que aborda os problemas metodológicos de seu tempo, considerando que seus escritos originais datam de 1960.

Ao analisar a transição da “Jurisprudência dos conceitos”, passando pela “Jurisprudência dos interesses” até chegar à “Jurisprudência da valoração”, Larenz defende que a ciência do Direito constitui um modo de pensamento “orientado a valores”, distinto das conhecidas ciências exatas e matemáticas, mas também capaz de confirmação – “o que é de todo impossível sem a observância de determinadas exigências metódicas”³⁵⁷. Nesse sentido, a obra do autor alemão, em que pese ter sido primeiramente publicada em meados do século passado, permanece atual, fornecendo ferramentas imprescindíveis para a solução dos principais obstáculos do Direito contemporâneo, com destaque para o protagonismo do Poder Judiciário e a necessidade de maior segurança jurídica³⁵⁸. É justamente esta a razão pela qual foi escolhida para orientar o estudo que ora se desenvolve.

³⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. XXI-XXII.

³⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 3.

³⁵⁸ Sobre o assunto, destacam-se trechos da introdução do livro de Larenz: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1-3. “Hoje não é assim. Fala-se de ‘perdas de certeza no pensamento jurídico’, considera-se a opção metódica como arbitrária, propende-se a aceitar como satisfatórias não já as soluções

Dentre as inúmeras contribuições de Karl Larenz, tem relevância a noção de que o Direito se organiza sob a forma ordenada de um sistema – as normas jurídicas não estão colocadas de maneira isolada no ordenamento, havendo entre elas uma conexão, e devendo, por isso, ser tidas de maneira conjunta e coordenada. Segundo o autor, a ideia de sistema recebeu forte influência dos estudos de Savigny, que enquadrou a ciência do Direito (também chamada de Jurisprudência) como uma ciência sistemática, dotada de uma unidade interior, que impõe a compreensão das normas e dos institutos jurídicos “como um todo englobante”³⁵⁹.

Larenz observa, ainda, que a concepção de Savigny de “sistema científico”, estruturado com base em conceitos gerais abstratos, foi precursora da chamada “Jurisprudência dos conceitos”, inaugurada por Puchta. De maneira sintética, a “Jurisprudência dos conceitos” (que, posteriormente, também contou com a contribuição de outros juristas, como Jhering) foi responsável por propor um sistema formado pela subordinação de conceitos e pautado nas regras de dedução oriundas do pensamento lógico formal. Seu objetivo era o de enquadrar os fenômenos observados na realidade social em categorias conceituais ordenadas conforme o seu grau de abstração, permitindo, assim, a subsunção entre os fatos e as normas.

Não obstante, foi o próprio Jhering, quem, em fase posterior, passou a questionar a suficiência do pensamento lógico para a ciência do Direito, observando que os conceitos jurídicos não comportam uma classificação rígida, pois podem sofrer transformações ao longo do tempo. A partir desse ponto, Jhering introduziu a ideia de que as proposições jurídicas devem ser analisadas também com base em sua função social, sendo necessário, portanto, que a ciência do Direito adote um pensamento não

reconhecidamente adequadas mas apenas ‘plausíveis’ ou ‘susceptíveis de consenso’ (...). A isso subjaz a constatação de que na apreciação jurídica (...) se insinuam sempre e permanentemente valorações. (...) Para além disso, surge o afastamento da posição largamente dominante de que o Direito seria quando não exclusivamente, pelo menos preponderantemente, identificável na lei. (...) Hoje sabemos que a maior parte das leis sofrem a sua configuração definitiva, e deste modo a sua susceptibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da actividade jurisprudencial. (...) Isto não significa, contudo, que o procedimento metódico seja prescindível por parte dos juristas, nem tão-pouco que os métodos até aqui utilizados se revelam globalmente imprestáveis. As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adequem a uma situação de facto. (...) Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário. As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requeem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se não ‘materialmente adequadas’”.

³⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 18.

mais fundado na lógica, mas sim teleológico, atentando-se para as finalidades sociais. Segundo Larenz, foi essa modificação no pensamento de Jhering que abriu espaço para o surgimento da “Jurisprudência dos interesses”³⁶⁰.

Citando Philipp Heck, a quem se atribui a “Jurisprudência dos interesses”, Larenz demonstra a sua importância para o desenvolvimento da noção de que as leis, da forma como estão postas, já carregam em si valorações prévias de seu criador, o que o leva a afirmar a insuficiência do método conceitual abstrato de Puchta. Confira-se:

As leis são “as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento”. Na tomada de consciência disto, garante-nos Heck, reside “o cerne da Jurisprudência dos interesses”, sendo daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de “conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses”. (...) A interpretação, reclama Heck, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, “aos interesses que foram causais para a lei”. (...) Heck rejeita, com razão, a ideia de que a lei dispõe para qualquer caso pensável de uma solução, a averiguar por meio de subsunção às normas dadas – a ideia, enfim, de que a lei “não tem lacunas”. (...) Em vez de uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior, Heck exige, e com razão, em face de uma lacuna da lei, que se proceda a uma “formação valorativa do preceito”. (...) o juiz não tem só de “subsumir logicamente as situações de facto em representações existentes do preceito”, mas, sempre que este caminho não leve, por si só, ao fim em vista, tem de “ampliar” as disposições da lei “de harmonia com juízos de valor”.³⁶¹

Finalmente, a evolução da metodologia da ciência do Direito levou à substituição da “Jurisprudência dos interesses” pela “Jurisprudência da valoração”, tendo em vista a percepção de que a tarefa do legislador corresponde, na verdade, a uma valoração entre os diversos interesses presentes na sociedade, fazendo prevalecer aquele que, para ele, tem maior valia e que deve constar da regulação legal. Nesse raciocínio, cabe ao aplicador do Direito extrair das normas jurídicas não os interesses do legislador, mas sim as valorações por ele realizadas.

Ocorre que, em diversas situações, a lei e as valorações do legislador não são suficientes para solucionar um caso concreto. Larenz cita, a título de exemplo, as circunstâncias em que o texto legal prevê conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, bem como o surgimento de novos fenômenos que ainda não receberam regulação, ou ainda quando o juiz se depara com colisões entre as normas, ou quando

³⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 63.

³⁶¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 65-71.

a própria qualificação dos fatos requer um juízo de valor do aplicador do Direito. Outrossim, o autor destaca que a própria subsunção exige primeiro que se interprete a situação fática e as leis a serem aplicadas, o que também reclama uma atuação valorativa do juiz³⁶².

Diante dessas constatações, os adeptos da “Jurisprudência da valoração” passaram a defender a necessidade e a possibilidade de uma “objetivação do processo de interpretação”, de modo a garantir que as valorações sejam devidamente fundamentadas e racionalizadas, evitando decisões judiciais arbitrárias e inseguras³⁶³. Para tanto, a ciência jurídica se voltou ao estabelecimento de formas de pensamento distintas do modelo lógico formal. Com efeito, hoje se sabe que o Direito não se limita unicamente à descrição e ordenação de fenômenos, ele detém pautas valorativas que requerem uma metodologia adequada, capaz de fornecer critérios de confirmação.

Assim, atualmente, o modelo conceitual abstrato proposto por Savigny e Puchta não é suficiente para resolver todos os problemas jurídicos existentes, notadamente aqueles casos em que não há falar em estrita subsunção. A necessidade de maior abertura e adaptabilidade às diversas situações da realidade, bem como o surgimento de uma “Jurisprudência de valoração”, levaram a uma “renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito”³⁶⁴. Novos modos de pensamento surgiram no lugar dos conceitos, com destaque para os tipos e os princípios jurídicos, e, conseqüentemente, outros sistemas foram formados.

Adepto de um modelo sistemático aberto e da concepção valorativa do Direito, Larenz menciona a existência de pelos menos três espécies de sistemas para a orientação da ciência jurídica, que não se excluem, mas convivem harmonicamente e de maneira complementar. São eles: o sistema externo, o sistema móvel e o sistema interno.

³⁶² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 164-165. “Nesta linha de pensamento, chega-se inevitavelmente à conclusão de que em inúmeros casos – e não apenas em alguns ‘casos de fronteira’ – subentra no lugar da valoração do legislador a valoração pessoal do juiz (...)”.

³⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 166-167. “Defendem a possibilidade de enunciados susceptíveis de fundamentação sobre as valorações adequadas (no sentido de um dado ordenamento jurídico), mesmo que os fundamentos não sejam coagentes de um ponto de vista lógico”.

³⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 171.

O primeiro deles é formado essencialmente pelos já mencionados conceitos gerais abstratos e segue os fundamentos da lógica formal. Nesse sentido, esse sistema parte da observação de um determinado fenômeno da realidade, do qual são extraídas “notas distintivas” que exprimem as suas características gerais. Estas são, assim, isoladas e passam a formar conceitos “que tornam possível subsumir a elas todos aqueles objetos que apresentem todas as notas recolhidas na definição do conceito”³⁶⁵.

O chamado sistema externo constitui a base da formação das leis, pois permite a classificação dos diversos fenômenos da vida em previsões abstratas, facilitando a resolução dos casos singulares por meio do processo de subsunção (quando apresentarem as tais notas distintivas do conceito). Sua inegável importância, segundo Larenz, reside no fato de que:

Um tal sistema garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica; porque, nos quadros se um tal sistema, se ele fosse “completo”, poder-se-ia dar a toda questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento. Garante a ausência de contradição lógica de todas as consequências dele derivadas, e com isso, segundo parece, a “cientificidade” da Jurisprudência, no sentido do conceito cientificista de ciência.³⁶⁶

Todavia, como visto, o modelo conceitual foi alvo de diversas críticas ao longo dos anos. Conforme afirma Larenz, a perfeição de um sistema como esse é sabidamente inatingível, seja porque os acontecimentos da natureza não são estanques e classificáveis de forma rígida e imutável, ou porque a própria construção da lei e a sua interpretação estão permeadas por valorações pessoais. Destaca-se, ainda, que o pensamento por conceitos não admite gradações, não sendo capaz de abranger situações intermediárias nas quais não podem ser identificadas todas as notas distintivas presentes na regulação, mas somente algumas delas. Por fim, a abstração conceitual utilizada para a concatenação do sistema acaba gerando um esvaziamento de sentido dos institutos, abrindo espaço para atuações discricionárias e subjetivas do intérprete.

Diante dessas insuficiências do sistema externo, foi desenvolvido o pensamento por tipos, cujo funcionamento levou à formação de um sistema móvel. Em linhas gerais, o método tipológico, ao contrário do conceitual, não isola as notas

³⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 625.

³⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 622.

distintivas do fenômeno que pretende regular; na verdade, “serve-se delas unicamente para descrever o tipo como uma nota distintiva do todo”³⁶⁷. Nesse sentido, o pensamento por tipos não se preocupa em trazer uma definição absoluta do modelo, mas sim em expressar uma “imagem global”, não sendo necessária, para a sua caracterização, a presença de todos os elementos descritos. Por tal razão, autores como Leenen retratam o tipo como uma “estrutura elástica de notas distintivas”³⁶⁸ – elasticidade esta que confere sentido à noção de sistema móvel³⁶⁹.

Com efeito, essa forma de pensamento é fundamental, pois consegue abranger situações intermediárias que não se enquadram no modelo rígido da subsunção. Permite, assim, a “mais clara compreensão dos tipos de transição e dos tipos híbridos”, ao mesmo tempo em que conserva “a plenitude de traços particulares neles contidos”, sendo capaz de revelar a “natureza da coisa”³⁷⁰. Disso decorre, primeiramente, a constatação de que o tipo é mais concreto do que o conceito, uma vez que se volta para a compreensão da totalidade de sentido dos fenômenos, sem ignorar-lhes as suas especificidade. Ademais, a flexibilidade e a mobilidade do sistema se explicam justamente pelo fato de que os elementos do tipo podem se apresentar em diferentes configurações e intensidades, de acordo com cada caso, suprimindo as lacunas do método conceitual.

Apesar de não enfrentarem o problema de esvaziamento de sentido dos conceitos abstratos, os tipos, segundo Larenz, também não são suficientes para exprimir e embasar as conexões entre o ordenamento e os diversos princípios jurídicos e valorações que lhe são subjacentes. Nos dizeres do autor, “o poder tornar visíveis as ideias jurídicas e pautas de valoração gerais que enunciam os complexos de regulação particulares é missão do ‘sistema interno’”³⁷¹.

³⁶⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 658.

³⁶⁸ LEENEN apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 668.

³⁶⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 667-668. “Trata-se, nestes tipos, de complexos de regulação relacionados entre si, cujos elementos são conteúdos normativos conjuntamente com as relações da vida neles tidos em conta. Pelo menos alguns destes elementos podem variar de caso para caso ou estar ausentes no caso particular, sem que por isso desapareça a pertença ao tipo. A globalidade destes elementos pode conceber-se com um ‘sistema móvel’, no sentido em que Wilburg introduziu este conceito na ciência do Direito”.

³⁷⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 671-672.

³⁷¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 673.

Assim, o terceiro sistema do Direito mencionado por Larenz corresponde ao sistema interno, que também surge diante da insuficiência do modelo rígido e axiomático dos conceitos abstratos. Nesse sentido, a partir da compreensão de que a Jurisprudência possui natureza teleológica, o sistema interno é desenvolvido com o objetivo de revelar a “unidade valorativa” do ordenamento, garantindo a abertura e a mutabilidade necessárias a uma ciência que está em constante evolução³⁷². Sobre o assunto, merece destaque o trecho de Canaris, mencionado por Larenz, no sentido de que “o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade”³⁷³.

Ao contrário do sistema externo, o sistema interno não se preocupa com a resolução de casos singulares por meio da subsunção, volta-se, na verdade, para o esclarecimento das conexões de sentido da ordem jurídica. Para tanto, tem como elementos básicos os princípios jurídicos, cuja principal característica consiste na capacidade de evidenciar os valores presentes no ordenamento. Resumidamente, isso é possível porque os princípios constituem “pautas abertas carecidas de concretização” que vão além do texto positivado. Mais uma vez, Larenz se vale dos ensinamentos de Canaris:

Os princípios “não regem sem exceções e podem entre si entrar em oposição ou contradição; não apresentam uma pretensão de exclusividade – quer dizer, não poderiam ser formulados segundo um esquema de gênero ‘só quando... então’; desenvolvem o seu genuíno conteúdo de sentido apenas mediante um jogo concertado de recíproca integração e restrição; e carecem para a sua efectivação de concretização através de princípios e valorações particulares de conteúdo material autónomo”. (...) Os princípios jurídicos

³⁷² Citando diversos autores, como English, Esser, Coing e Canaris, Larenz aborda a importância de um pensamento sistemático de estrutura aberta, que não permaneça estático, nem seja definitivo. Observe-se: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 230-235 e p. 623. “(...) não é possível na Jurisprudência um sistema rigorosamente ‘axiomático’ do tipo do da matemática ou de uma ciência de cálculo. (...) o trabalho sistemático permanece como uma tarefa contínua: só que se tem de ter consciência de que nenhum sistema pode dominar dedutivamente a totalidade dos problemas; o sistema tem de permanecer aberto. (...) O que resta é um sistema enquanto ‘ordem axiológica ou teleológica’ de pontos de vista directivos”. E, mais à frente: “[o sistema interno] tem por missão tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento jurídico”.

Ainda nesse sentido: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 693. “O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema ‘aberto’, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais”.

³⁷³ CANARIS apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 693.

gerais não podem ter o fundamento de validade apenas na ordem estatuída, mas para além dela eles assentam também “na ideia de Direito, cujas concretizações históricas eles representam em larga escala, bem como na natureza das coisas”. (...) Nas delimitações a que com isso se alude a descoberta das conexões sistemáticas dos princípios e subprincípios amplia, porém, o conhecimento do Direito e serve ao mesmo tempo para a interpretação das normas e para o preenchimento de lacunas, garantindo simultaneamente a “unidade valorativa e a deducionabilidade no desenvolvimento do Direito”.³⁷⁴

Com base nessas sucintas explicações, é possível observar a importância das três espécies de sistemas abordadas por Larenz e dos seus respectivos modos de pensamento para a ciência jurídica, bem como a sua complementariedade. Como visto, o Direito se orienta a valores e suas proposições procedem de maneira conjunta e coordenada, sendo fundamentais, para a sua conexão de sentido, tanto os conceitos abstratos, como os tipos e os princípios jurídicos – cuja adoção dependerá da natureza do fenômeno que se pretende regular e do próprio objetivo da norma em questão.

Compreender os métodos e modos de pensamento utilizados pela Jurisprudência é, portanto, necessário para a orientação legislativa, bem como para auxiliar a tarefa do intérprete, pois que ambos os trabalhos devem, respectivamente, exprimir e confirmar suas próprias avaliações. A metodologia da ciência do Direito busca justamente garantir a segurança jurídica e a racionalidade indispensáveis à unidade de um sistema pautado em valores. Por tal razão, passa-se agora a aplicar essas lições ao contexto do estudo da confusão patrimonial.

5.2 A confusão patrimonial como tipo: regulação e interpretação

A confusão patrimonial tem sido considerada uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica desde os primórdios do instituto. Todavia, as tentativas de delimitar o fenômeno não têm obtido sucesso, agravando o quadro de insegurança jurídica quanto à sua constatação e controle pelos Tribunais. Lembre-se de que a desconsideração constitui uma exceção no sistema, devendo ser aplicada restritivamente e conforme parâmetros objetivos. Assim, visando a mitigar o cenário de instabilidade e incertezas acerca da configuração da confusão patrimonial, recorre-

³⁷⁴ CANARIS apud LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 235-236.

se à metodologia da ciência do Direito e aos modos de pensamento por ela desenvolvidos.

Tendo como base os ensinamentos de Karl Larenz, observa-se que a confusão patrimonial não pode ser traduzida em notas rígidas e imutáveis. Com efeito, a ocorrência desse fenômeno tem natureza fluida e aberta, podendo ser verificada, na prática, sob diversas formas e intensidades³⁷⁵. Nesse sentido, o seu reconhecimento se dá pela acepção de uma imagem global, isto é, pela percepção em concreto da apropriação de bens de um ente por outro, violando a regra da separação patrimonial e o mecanismo da limitação da responsabilidade.

Uma vez que tal situação pode se manifestar em inúmeras possibilidades, cada qual com suas próprias particularidades, não é possível ao legislador prever, de antemão, todas as hipóteses configuradoras de confusão patrimonial – o que permitiria a solução dos casos singulares por meio de mera subsunção. Assim, não há dúvidas de que o fenômeno ora estudado corresponde a um característico exemplo da insuficiência do modelo lógico formal baseado em conceitos abstratos. Veja-se que a tentativa de definir a confusão patrimonial genericamente, com o isolamento de características indispensáveis, acabaria esvaziando o sentido da sua regulação e promovendo o surgimento de lacunas na lei.

Diante disso, Larenz afirma que “quando o conceito geral-abstrato e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, oferece-se então o ‘tipo’ como forma de pensamento”³⁷⁶. Seguindo as lições do jurista alemão, deve-se adotar o método tipológico para a apreciação da confusão patrimonial. Retomando as características dos tipos, Misabel de Abreu Machado Derzi assim sintetiza:

São, pois, notas próprias da concepção por tipo: certa temporariedade ou fluidez em seus contornos, a indefinibilidade, a totalidade da imagem decisiva para seu reconhecimento, a abertura real o que a faz mais concreta e próxima

³⁷⁵ A necessidade de se conferir maior fluidez à noção de confusão patrimonial pode ser observada na doutrina de João Pedro Scalzilli. Veja-se: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 116. “Como salientamos anteriormente, sendo impossível, ou ao menos muito difícil, provar, no curso de uma ação judicial, que o patrimônio do devedor encontra-se em um estado de promiscuidade patrimonial, é importante que o credor possa trabalhar com um conceito de confusão patrimonial mais fluido, isto é, que se operacionalize dentro de um sistema que permita a utilização de indícios”.

³⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 656.

da realidade do que o conceito classificatório e aptidão para ordenar os fenômenos através da comparação, sem rígidos cortes de secção.³⁷⁷

Portanto, é de se notar que a elasticidade do tipo garante a devida atenção às características indispensáveis do modelo a ser regulado, ao mesmo tempo em que acolhe eventuais particularidades de cada caso. E, em se tratando da confusão patrimonial, como visto, diversas são as hipóteses que resultam em apoderamento dos recursos de um ente por outro, inexistindo fórmulas gerais e fixas para a sua caracterização. Dos exemplos e indícios de confusão patrimonial já mencionados ao longo deste trabalho³⁷⁸, o que importa, ao fim e a cabo, é a identificação do núcleo essencial do fenômeno, ainda que a sua manifestação varie na forma e intensidade³⁷⁹. Nas palavras de Misabel Derzi, “o tipo nunca é o único ou o exclusivo, mas o que colhe as propriedades essenciais que se repetem de forma mais ou menos semelhante em diversos fenômenos”³⁸⁰.

Ademais, não se pode esquecer que o método tipológico é mais descritivo do que o conceitual, sendo, por isso, mais concreto e detalhado, e permitindo ao aplicador do Direito a compreensão global da natureza da coisa, seus elementos e efeitos³⁸¹. No caso da confusão patrimonial, a adoção do tipo garante a verificação do seu enquadramento como hipótese de abuso do direito de limitação da

³⁷⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

³⁷⁸ Conferir, especialmente, item 3.2, com destaque para alguns dos exemplos e indícios: utilização de bens de um ente por outro, desvio e repasse de recursos financeiros, oferecimento de bens de outro ente em garantia ou a penhora, evidente subcapitalização societária, dissolução irregular da sociedade, confusão de esferas etc.

³⁷⁹ Nesse sentido, Misabel Derzi destaca que, ao contrário do conceito, que se refere a classes, o tipo está mais ligado à ideia de ordem. Assim, “caracteriza-se em que as suas propriedades são graduáveis, estando em diferente intensidade, em maior ou menor grau, nos casos isolados”. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

³⁸⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

³⁸¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020. “O conceito de classe é definido em um número limitado e necessário de características. Entretanto, o tipo não é definido, mas apenas descrito, suas características não são indispensáveis, sendo que algumas delas podem faltar. Ele está na imagem geral, na visão ou intuição do total. (...) Com isto, o tipo é mais concreto e rico de conteúdo que o conceito e a investigação jurídica consoma-se por meio da ordenação (e não da subsunção), da comparação e da analogia”.

responsabilidade, e, conseqüentemente, a necessidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, ao tratar a confusão patrimonial como tipo, é possível também se pensar na formação de “séries de tipos”, como pode ter tentado fazer a LLE ao inserir os três incisos do §2º do art. 50 do Código Civil. Cuida-se da utilização de um agrupamento de tipos, cada qual com características particulares, mas que, juntos, fornecem a mesma noção geral do fenômeno³⁸², permitindo a melhor compreensão da fluidez e elasticidade dessa forma de pensamento.

Da conclusão de que o sistema móvel dos tipos é o mais adequado para o tratamento da confusão patrimonial, tem-se que tal metodologia deve ser utilizada tanto para auxiliar o legislador no momento de regulação das situações fáticas valoradas, como para orientar o aplicador do Direito diante de um determinado caso concreto³⁸³. Assim, é necessário analisar a conformação da legislação atual ao pensamento tipológico, bem como a forma correta de apreensão e interpretação do fenômeno com base nas lições ora obtidas.

5.2.1 O tratamento legislativo da confusão patrimonial

³⁸² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 669. “uma ampliação da formação do sistema correspondente ao tipo estrutural consegue-se mediante a formação de ‘séries de tipos’. Esta assenta em que os tipos, precisamente por causa da variabilidade dos seus elementos, podem transformar-se uns aos outros, de tal modo que alguns elementos desaparecem totalmente, outros novos surgem ou passam a primeiro plano, sendo a transição entre os tipos, uma vez mais ‘fluida’. Numa ‘série de tipos’, os tipos que são afins entre si, mas que, não obstante, não se distinguem, são alinhados de modo a que as coisas em comum e as diferenças e, portanto, também os fenômenos de transição sejam claros como tais”.

No mesmo sentido: DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020. “Em uma série assim ordenada, por comparação, escolhem-se certos fenômenos, especialmente pronunciados que sejam formas representativas ou médias para servir de medida a outros fenômenos. São os tipos, os quais não dão, por si, o conhecimento da realidade, mas são instrumento para o reconhecimento dos fenômenos isolados e sua ordenação”.

³⁸³ Nesse sentido também se manifesta a Professora da UFMG: DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020. “O tipo, como uma nova metodologia para o Direito, vem a ser uma ordem que se opõe ao conceito classificatório rígido e exato. Consiste em uma nova metodologia que vem proposta tanto para ordenar o conhecimento jurídico científico, como para aplicar o Direito em cada caso concreto”.

A partir do entendimento de que a confusão patrimonial deve ser tratada com base no pensamento tipológico, verifica-se que as críticas em relação às novidades trazidas pela LLE se relacionam ao fato de que a redação atribuída ao §2º e incisos, do art. 50 do Código Civil, não observou a metodologia adequada para a regulamentação do fenômeno. Em que pese poder-se afirmar que o legislador procurou adotar uma estrutura de tipos para a abordagem da confusão patrimonial, prevendo formas exemplificativas ao invés de conceitos rígidos, os dispositivos não alcançaram a clareza e a assertividade necessárias para a sua caracterização.

Conforme analisado no item 4.3, o texto atribuído ao mencionado §2º não foi suficiente para garantir a concretude pretendida pela LLE, uma vez que não trouxe a descrição completa da confusão patrimonial, com o detalhamento adequado de um tipo. Nesse sentido, deixou de expressar uma propriedade essencial do instituto, qual seja, a existência de um apoderamento de recursos de um ente por outro. Não se nega que o tipo é uma forma de pensamento aberta e fluida, mas isso não se confunde com a abstração excessiva, observada no modelo conceitual, que leva ao esvaziamento de sentido da regulação.

Assim, a redação do §2º do art. 50 do Código Civil, inserido pela LLE, contraria a metodologia tipológica, pois trata a confusão patrimonial de maneira abstrata, pouco descritiva, omitindo características indispensáveis e dificultando a representação da totalidade da imagem do fenômeno. Veja-se que a noção de apropriação indevida do patrimônio de um ente por outro – cuja contribuição se deve à doutrina responsável pela teoria da confusão patrimonial – é o que permite compreender o seu enquadramento como hipótese de abuso do direito de limitação da responsabilidade e, conseqüentemente, a sua natureza, elementos, efeitos e o remédio jurídico que lhe é imposto pelo ordenamento. Em outras palavras, é o que revela a sua imagem global, a natureza da coisa³⁸⁴.

No que toca especificamente ao texto dos incisos do §2º, de fato, é salutar a tentativa de enumeração de hipóteses exemplificativas de ocorrência da confusão patrimonial, o que, como visto, pode se enquadrar como a formação de uma série de tipos similares, a demonstrar a fluidez do método e a sua adequabilidade às diversas

³⁸⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 672. “O valor cognoscitivo do tipo como uma forma de pensamento reside em que, ao invés do conceito abstracto, põe a claro e permite conservar a plenitude de traços particulares neles contidos, precisamente na sua união plena de sentido. Na plenitude deste traços particulares reflecte-se a ‘natureza da coisa’”.

situações fáticas possíveis. Não obstante, deve-se notar que os incisos trazidos pela LLE, além de também serem extremamente abrangentes, não constituem hipóteses suficientemente representativas do fenômeno, a transmitir a sua noção geral. A abertura semântica utilizada, especialmente tendo em vista o inciso III, não contribui com a devida descrição do sentido total da confusão patrimonial, e os tipos selecionados para a disposição em série não transmitem as suas propriedades fundamentais.

É importante destacar que o legislador poderia ter se valido dos estudos e ensinamentos doutrinários, que já se voltavam para a construção da teoria da confusão patrimonial, tal qual exposta no item 3.3 deste trabalho. Isto é, dúvidas não mais havia quanto às suas características essenciais, necessárias para a devida formação dos tipos e, assim, para a expressão da sua imagem global a fim de orientar o aplicador do Direito diante dos casos concretos.

A partir dessas colocações, pretende-se propor uma nova redação ao §2º do art. 50 do Código Civil, buscando tratar a confusão patrimonial com base na metodologia tipológica aliada às lições da teoria doutrinária acerca da matéria. Afinal, somente utilizando o método adequado, bem como o conteúdo desenvolvido pelos juristas e pesquisadores especialistas no tema, é possível restaurar a segurança jurídica que o instituto demanda.

Nesse sentido, já se verificou a necessidade de acrescentar à definição legal de confusão patrimonial a capacidade de transmissão da ideia de apropriação dos bens de um ente por outro. Além disso, observou-se que, para a formação de uma série de tipos, é preciso selecionar as hipóteses representativas e descritivas da imagem global do modelo, que reúnam as suas características essenciais a fim de permitir aos destinatários da norma a total apreensão de seu conteúdo. Para tanto, são imprescindíveis as contribuições de João Pedro Scalzilli, que destacou a caracterização da confusão patrimonial em três casos: usurpação dos ativos da sociedade, distribuição disfarçada de lucros e aporte informal de recursos³⁸⁵.

³⁸⁵ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 113-115.

O primeiro deles diz respeito às situações em que os sócios se apropriam de “posições jurídicas ativas da sociedade”³⁸⁶, notadamente do capital e do patrimônio sociais, passando a exercer o poder de controle empresarial da atividade, a ensejar a sua responsabilidade pelos atos praticados – assumem a condição de empresários, deixando de ser meros credores. Tal hipótese pode ser observada, como destacou Scalzilli, nos casos em que os sócios se utilizam dos bens da sociedade em proveito próprio, ou para o pagamento de dívidas particulares, por exemplo³⁸⁷.

Já a distribuição disfarçada de lucros³⁸⁸ se refere às transferências de recursos realizadas da sociedade para as pessoas físicas que a integram sem a observância das formalidades e procedimentos devidos. No mesmo sentido, Warde Jr. denomina tal situação de “pagamento indevido de dividendos” e também a qualifica como apropriação dos meios de produção da pessoa jurídica³⁸⁹.

Por fim, o aporte informal de recursos trata das hipóteses inversas, nas quais a sociedade é que se vale do patrimônio de seus sócios e administradores. Cuida-se dos casos em que estes injetam capital no empreendimento de maneira indevida, isto é, sem obedecer aos regramentos de financiamento e capitalização societária. Como também já analisado, tal conduta, em que pese não prejudicar diretamente os credores sociais, representa o descumprimento do ordenamento e da lógica empresarial – o que, mediatamente, afeta os agentes mais vulneráveis do mercado.

Partindo, portanto, dessas noções, propõe-se a seguinte redação para o §2º do art. 50 do Código Civil:

³⁸⁶ Tal expressão foi empregada por Walfrido Warde Jr. também ao tratar da responsabilidade dos sócios e da confusão patrimonial, ou seja, da apropriação dos meios de produção da sociedade. 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. 306 e ss.

³⁸⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 114.

³⁸⁸ Scalzilli destaca que a distribuição disfarçada de lucros é mencionada no art. 464 do Regulamento do Imposto de Renda: SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 114.

³⁸⁹ 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. 311-312. “A transferência de propriedade, da sociedade para os sócios, de quaisquer outras posições ativas – sem que decorram da dissolução e liquidação de sociedade, retirada ou exclusão de sócio na forma da lei – configura apropriação, pelos sócios, de meios de produção da sociedade e, portanto, o que se pode chamar de pagamento indevido de dividendos”.

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

I - usurpação dos ativos da sociedade, a ensejar a aquisição do poder de controle empresarial por parte dos sócios ou administradores;

II - transferência de recursos da sociedade para os sócios ou administradores na forma de distribuição disfarçada de lucros, sem a observância das formalidades e requisitos legais; ou

III - aporte informal de recursos na sociedade, em desconformidade com as normas de financiamento e capitalização societária.

Acredita-se que, desse modo, há maior descrição e detalhamento da confusão patrimonial, conferindo maior segurança jurídica à sua regulamentação; bem como maior elasticidade (necessária para a formação dos tipos), possibilitando o enquadramento das diversas manifestações práticas do modelo. A devida regulação legislativa, contudo, somente terá plena eficácia se associada a uma correta forma de interpretação e aplicação, isto é, em conformidade com a metodologia científico-jurídica.

5.2.2 A interpretação da confusão patrimonial

Para além do modo de regulação das situações fáticas, o pensamento tipológico também se presta a orientar a interpretação das leis e a sua aplicação ao caso concreto. Ao encarar a confusão patrimonial como tipo dentro da ideia de sistema, essa forma de raciocínio deve guiar o trabalho dos julgadores, seja no momento de apreciar os dizeres do texto legal, seja para identificar a sua ocorrência fática e proferir a sua decisão. Portanto, ainda que se considere a redação atual do Código Civil, é preciso analisar como deve ser feita a interpretação da confusão patrimonial pela metodologia ora estudada.

Como se sabe, a função do aplicador do Direito pode ser dividida em três passos³⁹⁰: primeiro, analisa-se o caso concreto, buscando identificar a situação de fato a ser apreciada; em seguida, passa-se à interpretação da lei aplicável; e, por fim,

³⁹⁰ Tais noções também se extraem da obra metodológica de Karl Larenz como um todo.

é proferida a decisão, fornecendo-se a solução encontrada no ordenamento jurídico para o fato em questão.

Em se tratando do sistema externo conceitual inicialmente proposto pela Jurisprudência, a aplicação da lei ao caso concreto ocorre por meio de procedimentos lógicos de subsunção. Ao invés, quando se trata da metodologia tipológica, o caminho percorrido entre o texto legislativo e a situação fática é um pouco distinto. Em primeiro lugar, o jurista precisa apreender o tipo a partir da regulação dada, interpretando a lei para extrair a imagem geral do modelo. A partir daí, a sua aplicação ao caso a ser julgado não se dá por mera subsunção, mas por processos que envolvem “comparações e ponderações valorativas”³⁹¹. Veja-se detalhadamente cada uma dessas etapas.

No que toca à apreensão do tipo a partir da sua regulamentação pelo legislador, deve-se observar que, das inúmeras características ali dispostas, cabe ao intérprete destacar aquelas indispensáveis à identificação do modelo. Como visto, nem todos os elementos descritos precisam, necessariamente, estar presentes no tipo, tendo em vista a sua diversidade e fluidez. Utilizando da terminologia de Larenz, o destinatário da norma deverá apreender o chamado “tipo normal”, que é “deduzido das disposições particulares na sua união dotada de sentido e serve, por seu lado, para melhor compreender e mais acertadamente apreciar estas disposições, o seu alcance e a sua importância para a coordenação ao tipo”³⁹². A partir dessa imagem geral, é possível observar “tipos especiais”, dotados de caracteres particulares, ou, ainda, “configurações atípicas”, que não se enquadram no modelo.

Em relação à confusão patrimonial, sua apreensão deve, portanto, partir da análise do conjunto da série de tipos descrita pelo legislador, que inclui o §2º do art. 50 do Código Civil e seus incisos. Deles não se extrai diretamente uma definição pronta e inacabada, é necessário depreender os traços que não podem estar ausentes

³⁹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 219. “(...) no lugar da subsunção entra somente uma coordenação assente na comparação e na ponderação valorativa. Também nesses casos o procedimento é ‘dedutivo’, na medida em que é uma norma legal que constitui o ponto de partida, é dela que se extrai a consequência jurídica; só os passos intermédios necessários são de natureza diversa da que exige o modelo de subsunção”.

³⁹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 667.

no caso concreto para a sua configuração; e, somente então, interpretar as particularidades apresentadas pelo legislador³⁹³.

Após extraída a imagem geral do tipo, o julgador precisará identificar se a ele corresponde o caso que lhe está diante. Ocorre que essa tarefa, no método tipológico, não se dá pela simples identificação do fato e pela constatação de que este possui todas as notas distintivas presentes na definição legal, como no sistema conceitual. Afinal, os tipos não apresentam qualquer definição rígida, mas sim descrições elásticas e variáveis. O aplicador do Direito detém, portanto, certa abertura para entender se a situação fática está ou não conformada pelo modelo extraído da norma. Como explica Larenz, “trata-se antes de saber se as notas características tidas como ‘típicas’ estão presentes em tamanho grau e intensidade que a situação de facto ‘no seu todo’ corresponda à imagem fenomênica do tipo”³⁹⁴.

A título exemplificativo, a dissolução irregular de sociedades é comumente tratada pela jurisprudência como indício de confusão patrimonial. Com efeito, a sua caracterização pode significar que “os bens sociais são distribuídos em benefício dos sócios ou de terceiros e em prejuízo dos credores”³⁹⁵, enquadrando-se na já mencionada “distribuição disfarçada de lucros”, ou mesmo na chamada “usurpação de ativos da sociedade”, o que dependerá da análise dos fatos apresentados. Observe-se, todavia, que não há simples subsunção lógica, sendo necessário um verdadeiro trabalho valorativo para verificar a correspondência entre os elementos fáticos e o modelo típico extraído pela interpretação do todo exposto pelo legislador³⁹⁶. Nesse sentido, também leciona Larenz, citando Leenen:

O “pensamento tipológico”, diz Leenen, “cuida sempre da relação com o ponto de vista valorativo rector ao descrever os grupos de casos, pois todos os traços distintivos que se nos apresentam estão orientados a este valor como meio constitutivo da unidade do todo e só assim têm significado”. Por

³⁹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 666-667. “Seria, no entanto, errado, ao desenhar a imagem global do tipo, descuidar todos aqueles traços que podem estar ausentes no caso particular (...). Apreendê-los compete somente à Jurisprudência. Aqui o único processo que esta pode seguir é inquirir das normas legais qual o ‘modelo’ do tipo, que precisamente se revela na sua missão plena de sentido, modelo a partir do qual as normas particulares hão-de ser de novo interpretadas. Trata-se, uma vez mais, nos processos de pensamento que aqui decorrem, de uma forma de manifestação do ‘círculo hermenêutico’ (...).”

³⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 307.

³⁹⁵ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 120-121.

³⁹⁶ Nesse exemplo, também fica clara a dupla orientação a valores do Direito – tanto do ponto de vista do legislador, como do intérprete.

isso, a coordenação ao tipo exige, no caso singular, o ter em conta este ponto de vista valorativo rector, pois só ele decide em última instância se os “traços distintivos” ou as “notas características” aqui presentes justificam ou não, pelo seu grau de intensidade e a sua articulação, a coordenação. A coordenação ao tipo é, assim, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores.³⁹⁷

Diante da elasticidade do método tipológico e da abertura conferida ao aplicador do Direito, exigindo-lhe a formação de um juízo de valor, muitos questionam e desconfiam da segurança trazida por essa forma de pensamento. É mesmo inegável que o tipo, especialmente se comparado ao conceito, demanda uma postura mais ativa do julgador, seja na interpretação do texto legal, seja na sua aplicação ao caso concreto. Isso, contudo, não significa que o sistema jurídico autoriza atos arbitrários ou de irracionalidade, baseados em argumentos vagos de equidade e justiça.

Em primeiro lugar, destaca-se o fato de que a ciência jurídica, a exemplo da própria obra de Karl Larenz, já fornece critérios e ferramentas para guiar a interpretação da lei – no caso, para extrair o modelo do tipo a partir do texto formulado pelo legislador³⁹⁸. Ademais, como visto anteriormente, o pensamento tipológico não é a única metodologia adotada pela Jurisprudência atual, devendo ser complementada pelo chamado sistema interno, constituído pelos princípios jurídicos que, por sua vez, se prestam, justamente, a revelar as pautas de valoração que guiam o ordenamento e que devem orientar os juristas.

Por fim, e especialmente, é preciso compreender que, além de seguir as regras e critérios de interpretação, o julgador deve fundamentar a sua decisão. Como visto, as valorações são passíveis de racionalização, cabendo ao aplicador do Direito demonstrar a correção e a adequação de seus proferimentos em relação ao sistema jurídico em vigor³⁹⁹. Valendo dos termos cunhados por Larenz, a margem de livre apreciação do juiz é – e deve ser – bem pequena⁴⁰⁰. Assim afirma o autor:

³⁹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 309.

³⁹⁸ Quanto aos critérios e métodos de interpretação, conferir: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439-517.

³⁹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 413. “Fundamentar’ quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente. Mesmo quando isto não seja plenamente alcançado, o juiz, que entenda correctamente a sua função, há-de esforçar-se nesse sentido com as suas melhores aptidões”.

⁴⁰⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 413. “Mas, abstraindo das incertezas que são sempre irredutíveis, é evidente, porém, que para um grande número, provavelmente para a maioria dos casos a julgar, o juiz é capaz de justificar cabalmente com fundamentos o juízo de valor que lhe é requerido”.

É errado pensar que o “valorar” é somente uma conduta que não é proporcionada por meio de ponderações racionais e, neste sentido, ‘irracional’ e emocionalmente condicionada em ampla escala. Decerto que um tal valorar puramente “emocional” predomina, de longe, no dia-a-dia e dificilmente se deixa erradicar das discussões políticas, nem sequer das salas de audiência. Mas a tarefa do jurista é precisamente a “materialização” das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento “orientado a valores”, como acima dissemos.⁴⁰¹

Outrossim, não se pode esquecer que, nos casos em que o modelo conceitual não é suficiente, a insegurança jurídica seria ainda maior se não fosse adotado o pensamento tipológico (como ocorre com a confusão patrimonial). Isso porque, o tipo, ao se adaptar à fluidez das situações fáticas, evita o surgimento de lacunas e o esvaziamento de sentido – que reclamariam o chamado desenvolvimento judicial do Direito⁴⁰². Consequentemente, se comparado ao conceito, o tipo atua para reduzir o espaço de livre apreciação do juiz e eventuais subjetividades, fornecendo-lhe as ferramentas necessárias à devida fundamentação e impedindo a ocorrência de discricionariedades.

5.3 A prova da confusão patrimonial

Finalmente, a interpretação e aplicação da teoria da confusão patrimonial não são suficientes sem a sua constatação fática, o que ocorre, no âmbito jurídico-processual, por meio da apresentação de provas perante o juiz⁴⁰³. Assim, faz-se necessário analisar a correta forma de demonstração da ocorrência do fenômeno, a fim de permitir a melhor apreciação judicial dos fatos, sempre com o objetivo de reduzir inseguranças e incertezas e delimitar a aplicação do remédio da desconsideração da personalidade jurídica.

Cumprir notar, nesse sentido, que a sistemática tipológica também se coaduna com os esquemas probatórios da confusão patrimonial – já adiantados no

⁴⁰¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 410.

⁴⁰² Sobre o desenvolvimento judicial do direito e o preenchimento de lacunas pelo intérprete, conferir: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 519-620.

⁴⁰³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 429. “O juiz, que se vê colocado perante a questão de se uma situação de facto que lhe é exposta se verificou efetivamente assim, não percepcionou, em regra, ele próprio os factos, mas é informado por percepções alheias”.

item 3.3.3 deste texto. Conforme observado, trata-se de evento de difícil comprovação, tendo em vista a falta de acesso dos credores prejudicados à documentação financeira da sociedade e de seus sócios e administradores. Esse fator levou a doutrina a afirmar a necessidade da inversão do ônus da prova da apropriação indevida dos ativos de um ente por outro, recorrendo à conhecida ferramenta da presunção relativa⁴⁰⁴. É o que defende Walfrido Warde Jr.:

Cremos que a inversão do ônus da prova – que pode se operar consensualmente, por determinação legal, ou por decisão judicial – deva, nos casos em que se pretende a imputação de responsabilidade dos sócios por apropriação de meios de produção da sociedade, decorrer de presunção relativa.⁴⁰⁵

Segundo as lições do autor, bastaria a prova da ocorrência de esgotamento do patrimônio social ou de insolvência para que fosse possível presumir a confusão patrimonial, cabendo, então, aos sócios, e não mais aos credores, o encargo de demonstrar o contrário – isto é, a inexistência de apropriações patrimoniais indevidas⁴⁰⁶. Além disso, ainda que não fosse admitida a presunção relativa, a inversão do ônus probatório seria possível em razão da natureza dificultosa da prova em questão. Nesse sentido, Warde Jr. menciona a adoção da teoria das cargas dinâmicas, que determina a produção probatória pela parte que detenha as melhores condições para fazê-lo, e que atualmente se encontra prevista pelo próprio Código de Processo Civil⁴⁰⁷.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, João Pedro Scalzilli assim defende:

(...) como é impossível (ou ao menos muito difícil) para um credor provar, no curso de uma ação judicial, que o patrimônio do devedor se encontra em um

⁴⁰⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

⁴⁰⁵ 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. 330-331.

⁴⁰⁶ 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. 331. “Assim, em determinados casos, o esgotamento do patrimônio social ou a insolvência podem constituir o fato-base que permite presumir a ocorrência de apropriação, pelos sócios (ou ao menos pelo detentor do poder de controle societário), de meios de produção da sociedade (i.e., o fato presumido). Diante da presunção, recairia sobre os sócios o ônus de provar o contrário”.

⁴⁰⁷ 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. 332.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

estado de promiscuidade, é preciso trabalhar com um conceito de confusão patrimonial que se operacionalize dentro de um sistema apto a funcionar a partir da aceitação de certas presunções, em função de determinados indícios.⁴⁰⁸

O autor trabalha com a noção de que a confusão patrimonial deve ser comprovada nos autos de um processo por meio de indícios, somados a um “reforço do módulo de prova”, que, juntos, autorizam a presunção da ocorrência do fenômeno. Segundo ele, há, portanto, certos fatos que, se veementemente demonstrados, fazem “presumir que a situação de insuficiência patrimonial decorre de um estado de confusão patrimonial”⁴⁰⁹. Destaca, ainda, que tal presunção é meramente relativa, pois cumprirá à parte contrária provar que a separação patrimonial entre os entes foi devidamente observada. Mais uma vez, cuida-se de mera inversão do ônus probatório.

Convém lembrar que, mais adiante em seu trabalho, Scalzilli menciona exemplificativamente alguns dos indícios de confusão patrimonial envolvendo sociedades isoladas, bem como grupos econômicos, tudo com base em sua pesquisa jurisprudencial⁴¹⁰. Todavia, defende o autor a necessidade de que tais fatos sejam apresentados em conjunto, de maneira a reforçar a prova da ocorrência do fenômeno e garantir o convencimento do julgador para uma decisão segura. Confira-se:

É preciso salientar que a natureza da prova utilizada (prova indiciária) e a gravidade da medida com que se quer combater o abuso da personalidade jurídica (desconsideração) recomendam um reforço do módulo de prova. Assim, se por um lado é possível provar a confusão patrimonial através da verificação de certos indícios, por outro é preciso salientar que o conjunto probatório existente nos autos deve ser robusto e conclusivo (levando ao referido reforço no módulo de prova).⁴¹¹

Sobre o assunto, também merecem destaque os apontamentos de Karl Larenz, no sentido de que os indícios fornecem apenas um juízo de probabilidade,

⁴⁰⁸ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 100.

⁴⁰⁹ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 102.

⁴¹⁰ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 116-123 e 156-163.

⁴¹¹ SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 104.

que se torna mais preciso à medida em que se acrescem uns aos outros⁴¹². Ainda assim, podem e geralmente são utilizados para a formação do convencimento do juiz, que, como bem lembrado pelo jurista alemão, possui liberdade (ainda que não absoluta) para apreciar as provas que lhe são apresentadas⁴¹³. Observe-se as suas lições, citando também os processualistas alemães Blomeyer, Rosenberg e Schwab:

Na maioria dos casos, o juiz contenta-se com um alto grau de probabilidade para daí obter a convicção de que foi assim e não de outro modo. Em boa verdade, um tão alto grau de probabilidade não basta ainda como “prova”, em sentido matemático ou no das ciências naturais exactas. Mas ‘provar’ quer dizer, na linguagem do Direito Processual, ‘criar no tribunal o convencimento da exactidão de uma alegação de factos’. Este convencimento pode também o juiz adquirir-lo mesmo quando, com base nos indícios presentes, somente um elevado grau de probabilidade faz propender a que a alegação dos factos seja ajustada.⁴¹⁴

A partir das noções expostas, é possível verificar que a prova da confusão patrimonial, assim como a sua normatização e interpretação, também se pauta pela metodologia tipológica. Essa relação pode ser explicada com base no princípio da praticabilidade, exposto por Misabel Derzi, que determina a necessidade de simplificação e de maior viabilidade na aplicação das leis⁴¹⁵. De acordo com a autora, trata-se de princípio que envolve o Direito como um todo, não apenas quanto à regulamentação legal, mas também no tocante à interpretação e compreensão das normas jurídicas, impondo o dever de se “colher o sentido da norma que acarrete aplicação mais cômoda, simples, econômica e funcional”⁴¹⁶.

⁴¹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 430-431. “Entende-se por ‘indícios’ aqueles factos ou eventos que em si mesmos não fazem parte da situação de facto em apreço, mas que permitem uma inferência sobre um evento a ela pertinente. (...) Mas na maioria das vezes a premissa maior é apenas uma regra de probabilidade que, com frequência, nem suficientemente segura é. Então pode a conclusão afirmar apenas que o facto a comprovar é (em maior ou menor grau) provável. (...) A probabilidade aumenta quando acrescem outros indícios”.

⁴¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 432.

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 431.

⁴¹⁵ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020. “Praticabilidade é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis. Como princípio geral de economicidade e exequibilidade inspira o Direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta, por isso não falta quem erija a praticabilidade a imperativo constitucional implícito”.

⁴¹⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

Diante dessa concepção do princípio da praticabilidade, Misabel Derzi explica que a opção pelo método tipológico ou conceitual abstrato deve levar em conta a “necessidade de utilização de técnicas simplificadoras da execução das normas jurídicas”, observando a finalidade de:

- evitar a investigação exaustiva do caso isolado, com o que se reduzem os custos na aplicação da lei;
- dispensar a colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis em cada caso concreto ou aquelas que representam indevida ingerência na esfera privada do cidadão e, com isso, assegurar a satisfação do mandamento normativo.⁴¹⁷

E vai além. Com base nesses objetivos, afirma a autora que o emprego de presunções pelo legislador advém do pensamento por tipos: “A lei acolhe o tipo, ou o caso padrão, médio ou frequente no estabelecimento da presunção”⁴¹⁸. Isto é, em casos de difícil prova (como é a confusão patrimonial), o estabelecimento de presunções surge como uma técnica facilitadora, em consonância com o princípio da praticabilidade. E, por trás de uma presunção, verifica-se a presença do pensamento tipológico: o legislador se baseia no modelo do tipo (ou o “tipo normal” de Larenz), para impor uma consequência normativa. Assim, mediante comparações, as situações que se conformam ao tipo receberão a mesma consequência, também pela via da presunção.

É justamente o que ocorre no caso de apropriações de recursos de um ente por outro. Aquilo que se enquadra no modelo descrito pela norma, após a apresentação e apreciação de um conjunto de indícios nesse sentido, levam à presunção (relativa) da ocorrência do fenômeno. Consequentemente, haverá a inversão do ônus da prova, cabendo aos sócios e à sociedade demonstrar a regularidade de suas relações patrimoniais. Visualiza-se, desse modo, que a aplicação da metodologia tipológica também está presente no tocante às questões probatórias envolvendo a confusão patrimonial, contribuindo para a correta constatação fática do modelo e, portanto, para uma maior segurança jurídica neste contexto.

⁴¹⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

⁴¹⁸ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

6 CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho, verificou-se que a temática do patrimônio somente ganhou relevância jurídica a partir do momento em que o instituto assumiu o posto de objeto do vínculo obrigacional e da responsabilidade – o que ocorreu com o advento da *Lex Poetelia Papiria* –, tendo como principal função a de figurar como garantia dos credores. O patrimônio, como categoria jurídica, passou, então, a ser estudado e teorizado pela doutrina, que, no decorrer de sua evolução, determinou a desvinculação do instituto em relação às características intrínsecas à personalidade, tal qual a unicidade. Admitiu-se, assim, a pluralidade de patrimônios, abrindo caminho para o desenvolvimento de ferramentas de separação e autonomia patrimonial.

Esse cenário coincidiu com o aprimoramento das relações comerciais e a crescente demanda por uma proteção dos recursos dos agentes atuantes no mercado diante de seus executores, a fim de estimular os primeiros empreendimentos e o avanço econômico e social. Nesse sentido, a importância da separação patrimonial era reforçada pela ideia de limitação da responsabilidade, com o objetivo de restringir a garantia dos credores conforme a destinação especial de cada massa, e assegurar a manutenção do capital e de suas demais funções.

Conforme analisado, a limitação da responsabilidade patrimonial pode ser observada desde o Direito Romano e tem como finalidade fornecer maior previsibilidade e segurança jurídica ao mercado, permitindo o cálculo do risco empresarial. Trata-se, portanto, de importante instrumento de fomento aos investimentos, estimulando o crescimento econômico e social. Sua determinação, com efeito, depende da prévia existência de núcleos patrimoniais autônomos, permitindo a transferência de capital entre eles e, assim, a delimitação do montante passível de ser atingido pelos credores.

Dentro desse contexto, também se observou o surgimento da personalidade jurídica, como técnica de separação patrimonial concebida com o objetivo de viabilizar a limitação da responsabilidade de seus membros. É de se notar que a personificação de entes, a autonomia patrimonial e a responsabilidade limitada são, portanto, fenômenos que se dialogam; contudo não podem ser confundidos, tendo cada um a sua própria lógica e funcionamento.

Com a formação dos grandes empreendimentos e o desenvolvimento do capitalismo moderno, a existência de organizações societárias cada vez mais arrojadas e a busca incessante pelo lucro e pela acumulação de riquezas acarretaram um colapso do sistema de incentivos ao empreendedorismo, ameaçando a tutela do crédito e a segurança jurídica. A utilização abusiva da ferramenta de limitação da responsabilidade, em desconformidade com os seus fins econômicos e sociais, desequilibrou as relações mercantis e gerou consequências negativas para todo o mercado.

Em resposta, observou-se a emergência de uma onda protecionista voltada para a defesa dos interesses dos sujeitos presumidamente vulneráveis e para a reprovação dos excessos cometidos pelos empresários. Foi nessa conjuntura que teve origem a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, primeiramente a partir de casos concretos e, em seguida, aperfeiçoada pela doutrina. Como visto, a também conhecida como *disregard doctrine* atua no combate ao abuso do direito de limitação da responsabilidade patrimonial, determinando a suspensão da sua eficácia e, por conseguinte, a imputação de responsabilidade de um centro autônomo para outro.

Seguindo esse movimento de maior proteção aos grupos mais frágeis do mercado, todavia, com a criação de novos ramos do Direito e a elaboração da chamada teoria menor da desconsideração ou desconsideração contemporânea, verificou-se um novo desequilíbrio – especialmente em razão da abertura conferida aos julgadores, levando ao proferimento de decisões discricionárias e baseadas em fundamentos de equidade. O tratamento cada vez menos criterioso do instituto promoveu a sua superutilização e, novamente, a instauração de um quadro de insegurança causado pelos excessos e exorbitâncias na sua aplicação. Não demorou para que o mercado sofresse as consequências, constatando o aumento dos custos de transação e dificultando as análises de risco, o que desestimulava os investimentos em geral.

Diante disso, o pêndulo retomou o seu movimento para o sentido oposto: mais uma vez o foco voltava para a garantia da limitação da responsabilidade patrimonial, a fim de reestabelecer a confiança ao empreendedor. A tendência que ficou conhecida como “reconsideração” da personalidade jurídica buscou resgatar os pressupostos da modalidade clássica da *disregard doctrine* e estabelecer requisitos

mais objetivos para a sua aplicação, evitando o uso desmedido de um instituto que, na verdade, figura de maneira excepcional no sistema.

Acompanhando esses ciclos evolutivos, destacou-se, ainda, o desenvolvimento de uma das hipóteses da desconsideração da personalidade jurídica, qual seja, a confusão patrimonial – objeto principal do presente estudo. Conforme analisado, a sua noção esteve presente desde os primórdios da *disregard*, entretanto, com contornos pouco definidos e características insuficientemente exploradas, sendo tratada como mera antítese da regra da separação patrimonial entre os entes.

No Brasil, passou a receber maior atenção a partir das lições de Fábio Konder Comparato, que relacionou o fenômeno com o poder de controle societário. No plano legislativo, a confusão patrimonial foi positivada pelo Código Civil de 2002, quando, então, tornou-se objeto de estudo da doutrina moderna, ao lado da hipótese de desvio de finalidade. Ainda assim, constatou-se que a ausência de definição pela lei e a falta de abordagens específicas sobre a matéria promoveram o uso inadequado e temerário da noção de confusão patrimonial, contribuindo para as incertezas que permeavam o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O vácuo teórico acerca do tema foi responsável pela prolação de decisões judiciais genéricas e sem fundamentação, vislumbrando-se, inclusive, a existência de julgados colidentes e contraditórios. Era necessária a sistematização e delimitação da confusão patrimonial e das suas possíveis manifestações fáticas, bem como o esclarecimento de seus efeitos e elementos fundamentais.

Foi, então, que, em 2014, João Pedro Scalzilli publicou a sua tese de doutorado consagrando a teoria da confusão patrimonial. Nesta seara, ressaltou-se a sua distinção em relação à confusão de esferas, bem como a configuração do fenômeno como hipótese de abuso do direito de limitação da responsabilidade. Ademais, tendo em vista a insuficiência do conceito de promiscuidade patrimonial anteriormente adotado, foi fixada a definição de apropriação indevida dos recursos de um centro autônomo de imputação por outro, que melhor exprime as características e a natureza da confusão patrimonial.

No que diz respeito aos efeitos produzidos pela sua ocorrência, vislumbrou-se, de um lado, o prejuízo causado às funções do patrimônio, notadamente, as funções de produção, de garantia e de controle; e, de outro lado, a violação da lógica empresarial e das regras e procedimentos formais de financiamento e capitalização

societária. Em ambos os casos, como visto, há graves consequências para os credores, sócios e sociedade, bem como para o mercado em geral e a própria coletividade, tendo em vista a função social da empresa.

Considerando, assim, as implicações da confusão patrimonial, bem como as possíveis proporções do remédio imposto pelo ordenamento jurídico em face da sua constatação – qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica –, é inegável a imprescindibilidade da observância de requisitos bem fixados, visando a uma aplicação segura e previsível dos institutos jurídicos. Afinal, em se tratando de mecanismos de Direito Empresarial, eventuais arbitrariedades e incertezas impactam no próprio funcionamento da economia e das relações sociais.

Ocorre que, em que pese o avanço doutrinário sobre a matéria (ainda que a única obra específica encontrada tenha sido a de Scalzilli), a previsão legislativa da confusão patrimonial permanecia insuficiente e abstrata, e, o seu tratamento jurisprudencial, temerário. Assim, com a pretensão de solucionar essa questão e melhor delimitar o fenômeno, foi publicada a Lei da Liberdade Econômica, em 2019, promovendo alterações na redação do Código Civil em vigor. Lembre-se de que o novo diploma é pautado por um viés notoriamente liberal, rechaçando as anteriores convicções protecionistas e pregando a redução do intervencionismo estatal na economia.

Inserida, portanto, no contexto de “reconsideração” da personalidade jurídica, a LLE incluiu o art. 49-A, positivando o princípio da autonomia patrimonial entre os entes, de modo a reforçar a excepcionalidade da aplicação da *disregard doctrine* e ressaltar a importância da responsabilidade limitada para atrair investimentos e impulsionar o desenvolvimento econômico e social. Outrossim, a Lei reformulou o art. 50 do Código Civil, adicionando parágrafos e incisos que conceituam e esclarecem as suas hipóteses de incidência, bem como fixam os seus critérios autorizadores.

No que diz respeito à confusão patrimonial, nessa perspectiva, observou-se a tentativa do legislador de definir o fenômeno e especificar a sua caracterização fática, indicando, exemplificativamente, as suas possíveis formas de manifestação. Entretanto, as análises deste trabalho demonstraram não apenas a insuficiência dos conceitos adotados, como também a sua excessiva abertura e abstração, que acabaram por esvaziar o sentido da sua regulação. Não se nega a importância da iniciativa de delineamento da confusão patrimonial por parte da LLE, nem mesmo a

dificuldade dessa pretensão, tendo em vista a própria natureza e as características do fenômeno. No entanto, restou demonstrado que a falta da técnica e do método adequados levou ao insucesso do esforço de delimitar a sua aplicação.

Diante desse cenário de incessante insegurança jurídica, o presente trabalho procurou fornecer ferramentas – a partir do estudo da metodologia da ciência do Direito, aliado aos ensinamentos oriundos da teoria doutrinária da confusão patrimonial – que pudessem contribuir para solucionar a questão, seja do ponto de vista regulatório, seja no tocante à interpretação e aplicação das normas, e, ainda, quanto à correta forma de comprovação da confusão patrimonial.

Verificou-se, assim, o seu melhor enquadramento ao chamado pensamento tipológico, haja vista a natureza fluida e dinâmica do fenômeno, que pode ocorrer de diversas formas e intensidades no caso concreto. De fato, não seria possível ao legislador prever, de antemão, todas as hipóteses configuradoras de confusão patrimonial, sendo necessária a adoção de um método que evitasse o surgimento de lacunas e o esvaziamento de seu sentido.

Desse modo, o sistema móvel dos tipos, além de não se basear no isolamento de notas rígidas e imutáveis para a regulação do modelo, volta-se para a expressão da sua imagem global, respeitando eventuais particularidades e permitindo a mais clara compreensão da natureza da coisa. No caso da confusão patrimonial, é possível, assim, abranger as suas diferentes configurações e intensidades, identificando o núcleo essencial do apoderamento de recursos de um ente por outro – o que é fundamental para a caracterização do abuso do direito de limitação da responsabilidade, a ensejar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A metodologia tipológica deve, portanto, ser adotada para a normatização da confusão patrimonial (tendo este trabalho apresentado proposta de nova redação para o §2º do art. 50 do Código Civil), bem como para a interpretação e aplicação da lei que a regula, servindo de instrumento para a apreensão do tipo, para a sua conformação, por meio de comparações e ponderações valorativas e, inclusive, para a devida racionalização e fundamentação da decisão. Observou-se, outrossim, que esse modo de pensamento está em consonância com os esquemas probatórios que já haviam sido propostos pela doutrina para a confusão patrimonial.

Ao longo das pesquisas e leituras, percebeu-se uma nítida tendência de estabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em resposta

aos excessos verificados na sua aplicação. Acompanhando esse ritmo evolutivo, a confusão patrimonial caminha em um sentido de maior delimitação e objetivação, na tentativa de uma configuração mais criteriosa, como se nota da própria publicação da LLE.

Esse movimento, contudo, não pode ser descuidado, pois, como visto, o grande desafio sempre foi o de alcançar uma zona de equilíbrio. É preciso cautela para que, a pretexto de combater certas exorbitâncias, a consequência não seja a produção de novas desproporções, em sentido oposto. Não se pode perder de vista a importância das hipóteses de desconsideração e a justa medida da sua utilização, nem em falta, nem em demasia.

Nesse sentido, sabe-se que a existência de leis mais precisas e claras é fundamental para garantir a segurança jurídica e a correta aplicação dos institutos do Direito. Humberto Theodoro Júnior, inclusive, já antevia os riscos da proliferação legislativa da virada do século e da utilização de fórmulas genéricas, ameaçando as garantias e liberdades individuais e o Estado Democrático de Direito⁴¹⁹. Entretanto, considerando o atual cenário político, permeado por constantes disputas ideológicas, que influenciam os procedimentos de criação e promulgação das leis, antes mesmo de se pensar em reformas normativas, é necessário haver uma mudança na postura geral do jurista brasileiro. E aqui se refere propriamente a um resgate metodológico-científico no âmbito dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

O intérprete, em especial, cumpre papel relevante para a manutenção da segurança jurídica, pois de nada adianta existir a lei, se não houver o compromisso de compreendê-la e aplicá-la às situações fáticas. É preciso se pensar menos em justiça do caso concreto e mais no uso correto das ferramentas jurídicas. É preciso se valer menos de artifícios justificativos para decisões convenientemente proferidas e mais do pensamento científico do Direito como forma de organização social. Com efeito, o pêndulo de que tanto se fala somente encontrará um estado de equilíbrio, quando forem restaurados os fundamentos e a razão de ser dos institutos do Direito.

Afinal, para quê existem as pessoas jurídicas? Qual o fundamento da autonomia patrimonial entre os entes? Por que desconsiderar a personalidade

⁴¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v.1, n. 1, abr. 2006, p. 92-120. "Urge evitar a reforma pela reforma, as mudanças inócuas que afetam apenas formas verbais sem alterar o fundo ou a substância das normas".

jurídica? Quais as razões da limitação da responsabilidade? Qual o propósito da noção de confusão patrimonial? São questionamentos como esses que precisam ser continuamente levantados previamente a qualquer convencimento ou juízo de certeza diante de um caso concreto.

Com tais contribuições, essa dissertação busca destacar a relevância da questão, com significativas repercussões jurídicas, econômicas e sociais, e a necessidade de adoção da metodologia adequada para o tratamento da confusão patrimonial, de modo a garantir a segurança jurídica tão almejada nos tempos atuais.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Editorial Atlas, 2006.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do Direito Civil-Constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a Disregard Doctrine*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, v. 01, n. 02, jun-dez 2005, p. 29-68.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner; PARGENDLER, Mariana. Foundations of Corporate Law. *European Corporate Governance Institute – ECGI. Law Working Paper n. 336. January. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2906054>>. Acesso em 23 de dezembro de 2019.*

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAINBRIDGE, Stephen Mark. Abolishing LLC Veil Piercing. *Law & Economics Research Paper Series*. Los Angeles: University of California. Research Paper n. 04-11, May 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=551724>>. Acesso em 28 de agosto de 2020.

BARBOSA, Henrique Cunha. Usos e Desusos do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: PERRUCCI, Felipe Falcone; MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LEROY; Guilherme Costa (Coord.). *Os Impactos do Novo CPC no Direito Empresarial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1947, v. 1.

BLUMBERG, Phillip. Limited Liability and Corporate Groups. 1986. University of Connecticut School of Law. *Faculty Articles and Papers*. 28. Disponível em: <https://opencommons.uconn.edu/law_papers/28>. Acesso em 24 de abril de 2020.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração Judicial da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BIONDO, Biondi. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1965.

BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. n. 28, 1951, p. 146-157.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *O direito dos grupos e a concentração das empresas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-396.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *O Patrimônio sob a ótica do Direito Privado*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Curso de direito comercial*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Manual de Direito das Sociedades*, v. I. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. II, 2005. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>>. Acesso em 01 de julho de 2020.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas*. 1987. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1987.

_____. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Descomplicada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, v. 6, p. 225-229, 1999.

CUNHA, Paulo A. V. *Do patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934, v. 1.

CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 31 (30/31): 213-260, 1987/88. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1046>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil: Os Fundamentos e as Instituições Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do Capital Social: noção, princípios e funções*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. 1985. *University of Chicago Law Review*. vol. 52, Iss. 1, Article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss1/3>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade unipessoal no direito comunitário europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 173-203.

_____. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado das Sociedades Mercantis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958, v. 1.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e impactos sobre descon sideração da personalidade jurídica. *Jota*, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/lei-de-liberdade-economica-e-impactos-sobre-desconsideracao-da-personalidade-juridica-21112019>>. Acesso em 12 de agosto de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A Lei n. 13.874 de 2019 (Liberdade Econômica): a Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Vigência do Novo Diploma*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760054174/artigo-do-professor-pablo-stolze-gagliano-sobre-a-lei-13784-2019-lei-da-liberdade-economica>>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

GALGANO, Francesco. *Il diritto commerciale in 25 lezioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

_____. *Trattato di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2014, v. I.

_____. *Trattato di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2010, v. IV.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Metodologia da pesquisa*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2007.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del Diritto Commerciale*. Tradução: Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. What is Corporate Law? *Yale Law & Economics Research Paper* n. 300. Feb. 25, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=568623>>. Acesso em 25 de maio de 2020.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner H.; SQUIRE, Richard C. Law and the Rise of the Firm. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 326. January, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em 24 de abril de 2020.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. Patrimônio, patrimônio separado ou especial, patrimônio autônomo. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 263-279.

HOPT, Klaus J. Groups of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups. *European Corporate Governance Institute – ECGI*, Law Working Paper n. 286/2015, February, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2560935>>. Acesso em 21 de outubro de 2020.

HÜBERT, Ivens Henrique. *O capital social e suas funções na sociedade empresária*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KRAAKMAN, Reiner et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2004.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 2.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, p. 371-383.

LOBO, Jorge. *Grupo de sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 885, jul. 2009, p. 49-68.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MADALENO, Rolf. *Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos Grupos Societários: Desconsideração da Personalidade Jurídica e Extensão dos Efeitos da Falência*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

_____. A doutrina da “entity shielding” e da “owner shielding” e sua aplicabilidade ao Direito Societário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 34, ago. 2016, p. 260-275.

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*. 8. ed. rev. ampl. Milano: Giuffrè, 1950, v. 4.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

_____. *O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de capital das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I.

_____. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. V.

PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, dez. 1969, p. 12-24.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 9, n. 24, mar. 1982.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: A. Giuffrè, 1966.

SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Societas” com Relevância Externa e Personalidade Jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 81, janeiro/março de 1991, p. 67-72.

_____. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCALZILLI, João Pedro. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos societários: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Jose Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988, p. 15-34.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. II.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, jun. 1992, p. 67-75.

_____. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, abr./jun. 2007, p. 53-77.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v.1, n. 1, abr. 2006, p. 92-120.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I., 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THOMPSON, Robert Blakey. Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study. *Cornell Law Review*. n. 76, July 1991, p. 1036-1074. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss5/2>>. Acesso em 28 de agosto de 2020.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2009.

VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*. Milano: Giuffrè, 1964.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MP nº 881) e o direito privado. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, v. 3, n. 1, 2019. Disponível em: <<https://abdc.emnuvens.com.br/abdc/article/view/35>>. Acesso em 29 de julho de 2020.

VILLELA, João Baptista; GOMES, Elena de Carvalho. Os Patrimônios Separados no Estatuto Jurídico da Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.469-480.

VIO, Daniel de Ávila. *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

VIVANTE, Cesare. *Tratatto di diritto commerciale*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1929, v. II.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução: A. M Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Tradução: Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.