
INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI 13.874/2019: REFLEXÕES SOBRE A INTENÇÃO DO FRAUDADOR E DO LEGISLADOR

INSTITUTE OF DISSIDERATION OF LEGAL PERSONALITY IN LAW 13.874 / 2019: REFLECTIONS ON THE INTENT OF THE DEFAULT AND LEGISLATOR.

Fábio Fonseca Telles¹ Hugo Fonseca Moreira²

Maria Aparecida Antunes Moreira³ Wellem Ribeiro da Silva⁴

RESUMO: O presente artigo trata especificamente do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, trazendo à tona a responsabilidade dos sócios, no sentido de impossibilitar e/ou dificultar a fraude contra credores e tornar as relações negociais mais claras. A pesquisa visa discutir as alterações sofridas pelo Artigo 50 do Código Civil/2002, à luz da Lei 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica. São objetivos específicos: entender o que é o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos sócios, bem como elucidar as inovações trazidas pelo Artigo 50 em sua nova redação, estabelecendo críticas a este respeito. Os resultados indicam a relevância do aspecto hermenêutico, de modo que a ampliação dos horizontes de interpretação da lei, a partir da sua redação final, nem sempre reflete o desejo original do legislador.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Desconsideração da personalidade. Lei de liberdade econômica

ABSTRACT: This article deals specifically with the institute of disregarding legal personality, bringing to light the responsibility of the partners, in the sense of making fraud against creditors impossible and / or more difficult and making business relations clearer. The research aims to discuss the changes suffered by Article 50 of the Civil Code / 2002, in the light of Law 13,874 / 2019 - Economic Freedom Act. Specific objectives are: to understand what the institute of disregarding legal personality is and the responsibility of the partners, as well as to clarify the innovations brought by Article 50 in its new wording, establishing criticisms in this regard. The results indicate the relevance of the hermeneutic aspect, so that the expansion of the horizons of interpretation of the law, from its final wording, does not always reflect the legislator's original desire.

Keywords: Legal personality. Disregard for personality. Economic Freedom Act.

1. INTRODUÇÃO

Fruto da medida provisória 881, criada pelo Governo Federal, a Lei 13.874 foi aprovada em 20 de setembro de 2019, com o intuito de dar mais poder ao particular e

¹ Membro do Núcleo de Pesquisa Jurídica – NUPeJ na Faculdade Verde Norte - FAVENORTE. E-mail: fabio.ffab.adv@hotmail.com

² Professor no curso de Direito na Faculdade Verde Norte – FAVENORTE, MG, Brasil. E-mail: hugo.fonseca.moreira@gmail.com

³ Membro do Núcleo de Pesquisa Jurídica – NUPeJ, de Iniciação Científica, do Programa Direito e Educação Social – DES e da Liga Acadêmica de Direito Constitucional – LADC, todos no Instituto Superior de Educação Verde Norte – FAVENORTE. E-mail: ciddamoreira@bol.com.br

⁴ Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade Verde Norte - FAVENORTE. E-mail: wellemribeiro@yahoo.com.br

insurgir-se contra os excessos de intervenção do Estado, com vistas a estimular o empreendedorismo e o desenvolvimento econômico⁵. Inúmeros foram os impactos no direito, invadindo as searas trabalhista, civil, empresarial, ter outros.

No que se refere ao direito empresarial, houve modificação significativa no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, inserta no artigo 50 do Código Civil de 2002, que recebeu nova redação e, conseqüentemente, nova interpretação.

Fernandes (2018) explica que os sócios não respondem pelas obrigações da empresa, já que esta goza de personalidade distinta. Porém, em casos excepcionais e regulamentados pela lei, tem-se a possibilidade da extensão das obrigações assumidas pela pessoa jurídica aos bens particulares dos administradores ou dos sócios por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

O parágrafo primeiro do artigo 50, que tenta clarear o que seja o “desvio de finalidade” para fins de aplicação do instituto, foi aquele sobre o qual recaíram os maiores debates durante o trâmite da Medida Provisória, sobretudo através de emendas parlamentares.

Tais emendas visaram modificar o artigo 7º, trazendo um debate sobre a necessidade de comprovação (ou não) da intenção do infrator que fraudava credores por desvio de finalidade, explicitando uma tentativa do legislador de aperfeiçoar o instituto. Segundo o próprio relator da Medida Provisória 881, o Deputado Federal, Jerônimo Goergen, sem a presença dos requisitos do desvio de finalidade e da confusão patrimonial o juiz não estaria autorizado a declarar a desconsideração da personalidade jurídica⁶.

Isto posto, o presente artigo visa elucidar as alterações sofridas pelo parágrafo primeiro do artigo 50 do Código Civil de 2002, à luz da Lei 13.874 de 2019, sob a seguinte perspectiva: de que forma a nova redação dada ao artigo 50 do Código Civil/2002 repercute no instituto da desconsideração da personalidade jurídica? Esta modificação foi técnica o suficiente para atingir os objetivos idealizados pelo legislador?

⁵ A finalidade da MP 881 foi esboçada pelo Sumário Executivo de Medida Provisória, disponível no sítio eletrônico do Congresso Nacional. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv881>>(pág. 02). Acesso em: 07 maios 2020.

⁶ Coletânea de artigos jurídicos. Disponível em:< <https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf#page=122>>. Acesso em: 07 maios 2020.

Para inaugurar este debate é necessário estabelecer esclarecimentos básicos acerca do instituto, principalmente no que se refere à separação patrimonial, responsabilidade dos sócios e procedimentalização.

Neste vetor, restando clara a razão de ser do instituto, será possível dialogar sobre a modificação trazida pela nova lei (de liberdade econômica) e repercutir se esta razão de ser permanece e se, afinal de contas, a modificação legal trouxe avanços jurídicos (e sociais) na aplicação do instituto.

A abordagem metodológica utilizada foi a pesquisa aplicada, quanto aos objetivos utilizou-se a pesquisa exploratória, quanto aos procedimentos utilizou-se a pesquisa bibliográfica, do ponto de vista da abordagem do problema utilizou-se a pesquisa qualitativa. O instrumento utilizado foi a análise documental de doutrinas, artigos, leis, emendas e medidas provisórias que abarcassem a temática da desconsideração da personalidade jurídica.

2. A RESPONSABILIDADE E O REGISTRO: O NASCIMENTO DE UMA PESSOA JURÍDICA, DIFERENTE DA PESSOA DOS SÓCIOS.

Conforme dispõe Maria Helena Diniz (2018), a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações. A capacidade para adquirir a personalidade jurídica de uma pessoa natural, contraindo assim direitos e deveres, de acordo com o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, começa do nascimento com vida.

Por outro lado, a existência legal da pessoa jurídica de direito privado, no caso, sua personalidade, de acordo com o mesmo diploma legal, em seus artigos 45, 985 e 1.150, deverá ter origem na efetivação do registro dos atos constitutivos no órgão competente.

Seguindo a orientação legal, uma vez inscrito o contrato social no registro público a sociedade adquire personalidade jurídica e, a partir de então, começa a contrair obrigações e titularizar direitos em nome próprio.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2016), personalidade é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. Assim, a capacidade da pessoa jurídica surge da personalidade que o ordenamento jurídico lhe confere através do registro no órgão competente. Uma vez conferida, essa capacidade se estende a todos os campos do direito, dando-lhes todos os direitos subjetivos, não se limitando apenas à esfera patrimonial.

Entretanto, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012), por se tratar de uma entidade não humana, a pessoa jurídica está excluída da prática dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto, como se casar, adotar e outros.

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu art. 52, também se aplica às pessoas jurídicas, de acordo com o que couber, a proteção dos direitos da personalidade. Maria Helena Diniz (2018), em relação aos direitos, ensina que a pessoa jurídica é dotada de direitos da personalidade, tais quais o direito ao nome, à marca, à liberdade, à imagem, à privacidade, à própria existência, entre outros.

A partir do registro dos atos constitutivos, a pessoa jurídica acaba por adquirir personalidade própria, ficando a mesma separada dos sócios. É justamente nesse momento que a sociedade começa a construir um sujeito de direito e de obrigações, de forma a manter, para essa nova pessoa jurídica, uma individualidade própria, passando a se beneficiar de autonomia patrimonial, negocial e jurídica.

3. A AUTONOMIA PATRIMONIAL E A INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Uma vez constituída a pessoa jurídica, em regra, o sócio não responde com seu patrimônio, pois é a pessoa jurídica quem passa a responder por seu passivo, conforme preconizam os princípios da separação, independência e autonomia patrimonial. Segundo comenta Fábio Ulhoa Coelho:

Em razão do princípio da autonomia patrimonial, ou seja, da personalização da sociedade empresária, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações desta. Se a pessoa jurídica é solvente, quer dizer, possui bens em seu patrimônio suficientes para o integral cumprimento de todas as suas obrigações, o ativo do patrimônio particular de cada sócio é, absolutamente, inatingível por dívida social. (COELHO, 2011, p. 142)

Observa-se que o princípio da autonomia é relevante e poderia gerar alguma insegurança jurídica sem a sua existência, o que inviabilizaria muitos negócios, pois a pessoa jurídica e, a depender do tipo societário, o gozo pelo sócio da separação patrimonial garante certo conforto para os sócios quando realizam o negócio jurídico.

Entretanto, não se pode ignorar que a existência da separação patrimonial é atrativa para aqueles que pretendem fraudar seus credores, de modo que o sócio, que opera a pessoa jurídica, ficaria impune de suas manobras fraudulentas. E é neste exato momento que o artigo

50 do Código Civil traz à tona a possibilidade de resgatar para o credor a possibilidade de reaver o seu prejuízo. Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho pontua:

Se uma pessoa física se vincula contratualmente a outra, por obrigação de não fazer e, na qualidade de representante legal de sociedade empresária, faz exatamente aquilo que se havia comprometido omitir, no rigor do princípio da autonomia da pessoa jurídica, não teria havido quebra do contrato. Quem fez foi a sociedade, e não a pessoa física que agiu em nome dela. [...] por vezes a autonomia patrimonial da sociedade empresária dá margem à realização de fraudes. Para coibi-las, a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais, nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, a “teoria da desconsideração da pessoa jurídica”, pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. (COELHO, 2011, p. 142)

Ao tratar do tema em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas, pode-se afirmar que tanto a pessoa jurídica de direito privado como a de direito público, no que se refere à realização de um negócio jurídico dentro dos limites do poder autorizado pela lei, pelo contrato social e feito por seu representante legítimo, é responsável, cumprindo disposição do contrato, respondendo com seus bens pelo inadimplemento contratual, conforme reza o Artigo 389 do Código Civil de 2002.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: PRECEITOS ANTERIORES À LEI 13.874/19.

Anterior à disciplina jurídica atual da desconsideração da personalidade jurídica, o Código Civil de 2002, em seu Artigo 49-A, informava que:

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. (BRASIL, 2019)

Flávio Tartuce (2017) esclarece que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica.

Cabe ressaltar que, em se tratando do instituto da desconsideração, há uma teoria doutrinária norteadora. Segundo Stolze⁷, o Código Civil de 2002, em seu artigo 50, adotou a denominada teoria maior da desconsideração, devido esta exigir, além da insuficiência patrimonial, a demonstração do abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

A redação original (de 2002) do artigo 50 era a seguinte:

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.

Vale notar que não havia explicitação do que fosse o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, bem como qualquer forma de se requerer o instituto legalmente.

5. O CPC/2015 E A PROCEDIMENTALIZAÇÃO INÉDITA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Até a chegada do Novo Código de Processo Civil, em 2015, havia a falta de um *modus operandi* dos requerimentos de desconsideração, não se sabendo ao certo se era feito (ou proibido) por ação autônoma, ou por incidente processual, se havia possibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz, se o direito de defesa era mitigado, reinando uma sensação de desordem na aplicação do instituto, o que poderia prejudicar o direito do credor.

O novo CPC/2015 criou um capítulo específico para tratar do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, no Título III, Capítulo IV, sem deixar dúvidas da sua natureza jurídica de “intervenção de terceiros”, demonstrando a desnecessidade de ação judicial própria para a aplicação do instituto.

O Artigo 133 do CPC/15 reza que o incidente da desconsideração será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, sempre que lhe couber intervir no processo. Como se vê, não há possibilidade de atuação jurisdicional sem o requerimento da parte ou do Ministério Público, ou seja, é vedado ao juiz, de ofício, determinar a inclusão do sócio ou do administrador no polo passivo da demanda, para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

⁵Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76698/a-lei-n-13-874-2019-liberdade-economica>> Acesso em: 20 dez. 2019.

Isto posto, o artigo 133 do CPC/2015 está em consonância com o artigo 50 do Código Civil, que também prevê o expresse requerimento do interessado ou do Ministério Público, não se cogitando a atuação ex-officio pelo magistrado. Esclarece, desta forma, Pablo Stolze⁸:

Em qualquer caso, a desconsideração não pode ser decretada de ofício, sendo matéria sob reserva de jurisdição - ou seja, de competência do Poder Judiciário -, a despeito de já ter havido precedente admitindo a desconsideração por ato direto da Administração (desconsideração administrativa)

Isso posto, o instituto foi tratado como incidente, em qualquer fase processual (art. 134), e segue os princípios constitucionais, concedendo ao sócio ou administrador que seja ouvido em 15 (quinze) dias, garantindo maior efetividade a economia e celeridade processual (art. 135).

6. A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 50 PELA NOVA LEI 13.874/19 E A (A) TÉCNICA JURÍDICA.

A redação do artigo 50 do Código Civil, trazida pelo Artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica⁹, passou a contar com maior conteúdo normativo, nos seguintes termos:

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.¹⁰

⁸ Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/73648/a-medida-provisoria-da-liberdade-economica-e-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-art-50-cc#_ftn4>. Acesso em 20 dez. 2019.

⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 07 maio 2020.

O caput do Artigo 50 do Código Civil de 2002, já alterado pela MP 881/2019, não logrou mudanças com a nova lei e sugere que a desconsideração da personalidade jurídica funciona como instrumento de imputação de responsabilidade, não podendo atingir o sócio que não tenha tido nenhum benefício, direto ou indireto, em decorrência do ato abusivo praticado por outra pessoa.

A Medida Provisória 881 inaugurou cinco parágrafos ao original artigo 50 do CC/02, numa tentativa de melhor explicar as nuances de aplicação do instituto. A versão atual, consagrada pela Lei de Liberdade Econômica, retirou uma expressão trazida pela MP 881, que destacava a utilização da palavra “dolosa” para ensejar a declaração da desconsideração da personalidade pelo juiz.¹¹

Entretanto, a redação final do artigo deixou uma brecha interpretativa que pode prejudicar a garantia do direito pretendido. Neste sentido, a remoção do termo “dolosa” moldou a intenção do legislador?

Nesta senda, o parágrafo primeiro da nova redação do artigo 50 inaugura questões relevantes do ponto de vista hermenêutico, de técnica jurídica, de produção de provas no processo e, acima de tudo, de efetividade do direito. Isso porque embora se tenha a existência de emendas supressivas ao texto original da medida provisória, como se verá a seguir, não é possível identificar com clareza a real intenção da lei e, sob o ponto de vista hermenêutico, deixa brechas que podem mudar significativamente os rumos da aplicação do instituto ao longo do processo.

7. ANÁLISE DAS EMENDAS À MEDIDA PROVISÓRIA 881.

Foram apresentadas 301 (trezentas e uma) emendas ao texto original da MP 881, até se chegar ao texto final, promulgado¹². Neste bojo de emendas, entre supressivas e modificativas, uma quantidade considerável (mais de vinte analisadas) remetia ao texto do artigo 7º da Medida Provisória ou, em última análise, ao texto do art. 50 do código civil.

¹⁰ Grifado.

¹¹ A palavra “dolosa” figurou na redação original da MP 881, em seu artigo 7º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em 07 maio 2020.

¹² Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/136531>. Acesso em 07 maio 2020.

Muitas foram as modificações solicitadas pelos parlamentares em cada emenda, variando desde a supressão total de todos os parágrafos do artigo 50, supressão algum ou alguns parágrafos, inclusão de parágrafos e até parlamentares que apenas modificaram partes textuais. No mesmo vetor, houve grande variante de justificativas, acompanhando cada um dos pedidos.

O parlamentar Lincoln Portela (Emenda Supressiva nº 26) destacou: “Art. 1º Suprimam-se os parágrafos do art. 7º da Medida Provisória 881, de 30 de abril de 2019”.¹³

A justificação do parlamentar baseou-se que a nova redação deveria acompanhar o legislador de 2002, deixando a conceituação de determinadas expressões jurídicas como dever da doutrina e jurisprudência, “frente à enormidade de situações que se apresentam e que poderão, para além dos conceitos contidos no texto da lei”.

A parlamentar Jandira Feghali (Emenda Supressiva nº 287) requereu: “Suprimam-se os §§1º e 5º do artigo 50 do Código Civil, alterado pelo art. 7º da Medida Provisória”.¹⁴

A justificação da parlamentar baseou-se no argumento de que a expressa menção à “utilização dolosa” seria um retrocesso, visando proteger a condição a priori mais vulnerável daquele que, tendo o seu direito violado, invoca o instituto da desconsideração, sem provar a intenção.

A parlamentar Maria do Rosário (Emenda Supressiva nº 295), requereu a supressão dos parágrafos 1º e 2º do artigo 7º, baseando no fato de que supostamente “as modificações contidas na presente Medida Provisória ensejariam, na prática, a não responsabilização dos sócios e administradores quanto a prejuízos causados a seus credores”. Este argumento foi devidamente atrelado também à ideia de retrocesso em se comprovar “dolo”.

A Emenda Modificativa nº 62, encabeçada pelo Deputado Federal Alan Rick, embora tenha sido retirada pelo autor em 08/05/2019, requeria o seguinte:

Dê-se ao § 1º do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, constante do art. 7º, a seguinte redação: “§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores, **elidir ou sonegar tributos, impedir a caracterização de relação de**

¹³ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947254&disposition=inline>>. Acesso em 07 maio 2020.

¹⁴ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948158&disposition=inline>>. Acesso em 07 maio 2020.

trabalho ou o descumprimento da legislação trabalhista, e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.¹⁵

Neste sentido, percebe-se que o parlamentar não se opôs ao conteúdo trazido pela expressão “utilização dolosa”, justificando apenas que a redação trazida pela MP ignorou um dos maiores problemas da separação patrimonial, que é a “pejotização” forçada de trabalhadores, como forma de contornar a legislação trabalhista, descaracterizar a relação de trabalho e promover a elisão e sonegação de tributos”.

Vale destacar que o parlamentar não apresentou emenda que confrontasse, posteriormente, a redação do artigo 50.

Outros parlamentares, tal qual André Figueiredo (Emenda Aditiva nº 17), trataram do artigo 50 do código civil para inclusão de parágrafos ou ainda outras pequenas modificações.

Todo este levantamento revela que não existe uma consonância nas modificações trazidas pelos legisladores, o dificulta a resolução das seguintes questões: qual a intenção do legislador? Houve avanço real no instituto considerando a Medida provisória e o texto final?

Não existe uma pauta última que revele, documentalmente, que os legisladores acompanham o ideário da parlamentar Maria do Rosário (e outros) de que a comprovação de dolo representaria um retrocesso, existe apenas um aceno para isso.

Neste sentido, se a redação final do parágrafo primeiro fosse acertada, clara e inequívoca, ignorando-se também a expressão “com o propósito de”, não haveria controvérsia e nem mesmo necessidade hermenêutica de interpretação do dispositivo legal.

O fato é que a redação final, ao destacar que deve haver “propósito de lesar credores”, a estaria se referindo a quê? Até onde se sabe, sem maiores aspirações para além do português padrão, o termo “propósito” remete a “intenção (de fazer algo); projeto, desígnio”¹⁶.

Se a questão proposta trata-se apenas de uma gafe técnica jurídica, ou seja, retirou-se da MP 881 o termo “dolosa”, mas deixou-se outra palavra que remete à intenção, quando se queria dizer, que na verdade, que o importante é que haja a fraude, independente de intenção,

¹⁵ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947413&disposition=inline>>. Acesso em 07 maio 2020.

¹⁶ Disponível em: <https://www.google.com/search?q=prop%C3%B3sito&rlz=1C1GCEB_enBR893BR893&oq=prop%C3%B3sito&aqs=chrome..69i57j69i59j0l4j46j0.3492j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em 07 maio 2020.

talvez não houvesse nenhum debate a ser traçado. Esta questão pode ser resolvida com uma pequena modificação do texto legal.

Mas, e se o legislador apenas retirou uma repetição, já que somou-se no texto da MP os termos “dolosamente” e “com o propósito de”, querendo, afinal de contas, que de fato se prove a existência deste propósito? Ou seja, a mera lesão dos credores, mediante o uso da personalidade jurídica, não é suficiente para caracterizar desvio de finalidade. Desta forma, a mera prática de atos ilícitos também não seria um desvio, se não caracterizada a intenção de fraudar?

Estas são questões que influem diretamente na produção de provas no processo. Deverá o requerente da desconsideração da personalidade jurídica provar que o sócio tinha intenção de fraudar? Do ponto de vista da materialidade do direito, é fácil se provar intenção e alcançar o direito pretendido?

Para Peter Häberle (2002), o conceito de interpretação reclama um esclarecimento de que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos por co-interpretá-la. Neste sentido, completa o autor, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma.

Neste sentido, Häberle (2002) acredita na participação do operador do direito na interpretação da norma. Por isso, cabe ao advogado, ao peticionar, esclarecer que na norma reside controvérsia, afinal, para fins de comprovação do direito do seu cliente, comprovar intenção, ou seja, algo tão subjetivo, é muito mais complexo do que apenas comprovar a incidência de um fato, ou seja, neste caso, que a forma de utilização da pessoa jurídica coincidiu com o prejuízo do credor, independente de intenção.

Prova diabólica, segundo Didier JR, Braga e Oliveira (2007), é aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida, tem o efeito de prejudicar o alcance do direito. Provar-se intenção é o mesmo que estar diante de uma prova diabólica e, neste sentido, requer maior habilidade e esforço do requerente para comprová-la.

Do ponto de vista da responsabilidade civil geral (art. 186 e 927, CC/02), pode-se fazer a seguinte reflexão: aquele que atropela um indivíduo, pelo mal manejo do carro, não deve necessariamente reparar o dano ao terceiro? Isso independe de intenção de matar ou agredir - o que nos levaria para a esfera penal. No caso da sociedade empresária, a mera confusão patrimonial, mesmo que culposa (negligente) pelo manejador da pessoa jurídica,

ainda que nem saiba que esta prática levará ao prejuízo do credor, não seria também um caso de reparação?

Assim, remetendo ao clássico Fábio Konder Comparato (1983), cabe destacar que a desconsideração da personalidade jurídica sempre foi operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultando de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito.

É nesta medida que o aspecto hermenêutico se faz relevante, caso não haja uma modificação do texto legal. Sem se adentrar a toda a crítica possível à hermenêutica jurídica e todos os poderes que ela pode (não deveria) ceder ao magistrado, bem como diante da noção da perigosa pergunta “o que quis dizer o legislador”? Caberá aos doutrinadores e juristas brasileiros deliberarem sobre qual será o contorno dado ao parágrafo primeiro e a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido, a pessoa jurídica foi criada pelo Direito tendo como premissa favorecer o exercício de atividades econômicas, no entanto, em várias situações ela é utilizada com a intenção de prejudicar terceiros para obter vantagem ilícita ou indevida.

Objetivando impedir determinados excessos ou abusos, decorrentes da proteção concedida às pessoas jurídicas, o ordenamento jurídico criou normas que limitam em determinadas situações os efeitos da personalidade jurídica.

O abuso da personalidade como o próprio aludido artigo dispõe é caracterizado pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial, o primeiro, diz respeito ao desvirtuamento do objeto social, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei, e o segundo, se refere a atuação do sócio ou administrador, que confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, não se podendo identificar a separação patrimonial entre ambos.

Verifica-se que a personalidade jurídica não é absoluta, sendo considerada como um direito relativo, pois, havendo o desvio de função da pessoa jurídica, o juiz pode derrubar a separação entre a sociedade e seus membros através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Mereceu destaque a sumária análise do instituto, desde a sua análise pré e pós lei 13.874/2019, com enfoque no procedimento cabível para requerimento e para se confrontar o real avanço do instituto no espaço jurídico.

O CPC/2015 veio resolver a questão do procedimento, ajudando a solucionar as situações que envolvesse uma farta fraude contra credores, compelindo os sócios a serem honestos nas relações jurídicas, sob o risco de serem alvos de uma desconsideração e ter seu patrimônio pessoal atingido. Verifica-se, então, que houve uma procedimentalização do incidente processual, passando a ser aplicável em qualquer fase do processo e com garantia do direito de defesa.

Com a procedimentalização o instituto ficou mais encorpado, mais determinado na medida que contribuía para que todos os sócios cumprissem com as suas obrigações.

O ponto chave, entretanto, está delimitado na questão técnica jurídica que, diante das dúvidas deixadas pelo texto legal, terão que ser interpretadas pelos operadores do direito, se não houver uma modificação da própria lei, no que se refere ao desejo do legislador no quesito “intenção”.

O levantamento das emendas ao texto legal revelar que os interesses dos legisladores operaram de forma difusa, e não houve uma orientação final a respeito da necessidade de comprovação ou não da intenção de fraudar.

Neste sentido, é relevante considerar que nem sempre a vontade do legislador é clara e, ainda que se considere que seja clara, nem sempre esta vontade se materializa de forma acertada no texto legal. Afinal, a remoção do termo “dolo” e manutenção do termo “propósito” não caracteriza uma evolução textual grande, em nenhuma escala.

Hebert Hart (2001), em seus estudos no livro “O conceito de Direito”, trabalha com a idéia de normas com texturas abertas. A textura aberta é caracterizada pela incerteza de aplicação tanto do precedente quanto da legislação. Segundo Hart, essa incerteza é o preço que se paga pelo uso de termos classificatórios gerais.

Hart ainda destaca um segundo ponto negativo da textura aberta, que é abrir caminho a um segundo problema, o ceticismo sobre as regras. É a textura aberta que cria céticos em relação as leis, que acreditam que as regras são aquilo que dizem os tribunais e não aquilo que se lê no próprio ordenamento.

A falta de técnica jurídica é grave, confunde, desnorteia, desorienta e desacelera um cenário jurídico que por si só já é bastante nebuloso e moroso. O recomendável é que na falta da alteração do texto legal o estudo científico venha dar suas parcelas de contribuição, ajudando a remendar os pedaços interpretativos deixados pelo legislador, preenchendo as texturas abertas elucidadas por Hart.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002** - Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 13 out. 2019.

_____. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em 29 mar. 2020.

_____. **LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019** – Lei de Liberdade Econômica de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em 12 de out. 2019.

_____. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em 13 out. 2019.

_____. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015** – Novo Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 12 dez. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Volume 1. Editora Saraiva, 5ª Edição, 2012.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 23.Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, págs. 284-286.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 60.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Teoria Geral do Direito Civil, 35ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

Revista Psicologia & Saberes

ISSN 2316-1124

v. 9, n. 18, 2020

FERNANDES, Joyce Barrozo. **A desconsideração da personalidade jurídica no CPC/15.** Revista Migalhas, ISSN 1983-392X, 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/283119/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-cpc-15>>. Acesso em 25 dez. 2019.

GOERGEN, Jerônimo *et al.* Liberdade para empreender. IN: Liberdade Econômica: O Brasil Livre Pra Crescer. Coletânea de artigos científicos. Disponível em: <<https://aquanticacontabilidade.com.br/web-files/uploads/arquivo/site/1beb05f3260626831375b1dae21477cb.pdf#page=122>>. Acesso em 07 mai 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Parte Geral 14ª ed. – São Paulo, 2016.

HÄBERLE, PETER. **Hermenêutica Constitucional:** A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997. Reimpressão 2002.

HART, Hebert. O Conceito de Direito. 2001. 3º edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4375607/course/section/2097405/Hart%2C%20Herbert%20-%20O%20conceito%20de%20direito.pdf>>. Acesso em 07 mai. 2020.

STOLZE, Pablo. A Lei n. 13.874/2019 (liberdade econômica) a desconsideração da personalidade jurídica e a vigência do novo diploma. 2019. Revista Jus Navigand. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76698/a-lei-n-13-874-2019-liberdade-economica/2>>. Acesso em 20 dez. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 7ª Ed. São Paulo: Gen, 2017, pág. 179.