

Especialmente no atual contexto em que se busca superar a crise provocada pela pandemia do coronavírus, não se pode banalizar o incidente da desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ), sob pena de se inibir o empreendedorismo empresarial e os investimentos privados.

A autonomia das obrigações da empresa tem sido fundamental para incentivar o empreendedorismo empresarial, definir a responsabilidade dos investidores e desenvolver o mercado produtivo.

Como regra, o universo de direitos e obrigações da sociedade empresária não se confunde com a esfera particular de seus sócios. Por consequência, ultrapassar essa fronteira da pessoa jurídica para ingressar no patrimônio da pessoa física é algo excepcional.

Assim, o primeiro ponto que merece ficar claro é esse: a desconsideração da personalidade jurídica é medida de exceção. O segundo, que é o ponto propriamente deste artigo, consiste na delimitação do alcance de tal desconsideração frente aos sócios minoritários que não participam da gestão.

O tratamento sereno e técnico, por parte dos magistrados, para o incidente de desconsideração da pessoa jurídica, é fundamental para que haja segurança jurídica.

Se um investidor resolve apoiar uma ideia e entrar, por exemplo, com um valor “x” numa sociedade empresária de responsabilidade limitada, tal investidor precisa ter a segurança jurídica de que seu risco de perda, se tudo der errado, não vai além desse “x” financeiramente aportado.

Se esse investidor é um sócio minoritário, que não participa da gestão de tal empresa, sua proteção precisa ser rigorosamente respeitada.

Os sócios da empresa não se confundem com a sociedade empresária. O risco do investidor não vai, como regra, além do montante investido. Esse é o princípio básico que norteia a autonomia da atividade empresarial.

O risco empresarial é intrínseco a qualquer negócio com propósito lucrativo. Não há risco zero para o empreendedor. Uma sociedade empresária, mesmo bem gerida, está sujeita a riscos de mercado, riscos regulatórios, riscos — hoje sabemos — de uma pandemia como a do coronavírus.

Logo, na hipótese do insucesso empresarial, não se pode presumir o abuso da personalidade jurídica. A má fé não é presumida, e sim objetivamente demonstrada, seguindo fielmente as normas materiais e também as regras processuais.

De acordo com o Código Civil, na redação dada pela Lei 13.874/2019 (lei da liberdade econômica), o abuso na condução da atividade empresarial se caracteriza pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. São hipóteses taxativas, que precisam ser concretamente demonstradas.

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 50 do Código Civil, “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”.

Já o parágrafo 2º do referido artigo entende por confusão patrimonial “a ausência de fato entre os patrimônios” da pessoa jurídica e de seus sócios.

A ministra Maria Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), magistrada sempre atenta aos aspectos técnicos do Direito Privado, já resumia com didatismo a questão, antes mesmo da nova redação do comando acima:

“A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal

fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o artigo 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial” (REsp 1.306.553/SC).

Não se podem alargar hipóteses excepcionais previstas na citada legislação. A exceção, como já advertiu a ministra Gallotti no precedente acima citado, deve ser aplicada apenas em “casos extremos”.

Assim, a simples hipótese de insolvência, que pode decorrer do insucesso natural do negócio, não é suficiente para desconsiderar a pessoa jurídica e invadir o patrimônio dos sócios.

O legislador não deu ao magistrado o poder de estender as exceções legais para outras situações. Assim, não é permitido lançar mão de um comando legal destinado à relação de consumo, como o previsto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, e aplica-lo para um caso de conflito trabalhista.

Basta ver a situação atual provocada pela pandemia do coronavírus. Empresas estão sendo fechadas em razão da crise sanitária. Se na esteira de tal crise a empresa se torna insolvente, por razões imprevisíveis e não relacionadas à gestão, seria legal a desconsideração da personalidade jurídica para que o patrimônio particular dos sócios venha a suportar eventuais débitos trabalhistas? Ao que parece, não.

Quando falamos em investidor, não estamos tratando necessariamente de grandes capitalistas, mas sim, em muitas situações, de pessoas de classe média.

Se o Brasil não der à sociedade empresária o status e a proteção que ela merece, não conseguiremos desenvolver minimamente entre nós o capitalismo de riscos e recompensas. A proteção à empresa não é uma tese acadêmica, mas uma necessidade para que haja empreendedores, empregadores, pagadores de impostos e geradores de riqueza na produção e circulação de bens e serviços.

Empreender não é tarefa fácil. Exige coragem, dedicação, disciplina, paciência e determinação. Há diversos riscos de mercado e riscos regulatórios, além de muitos outros.

Em países onde a atividade produtiva mais se desenvolve, a taxa de insucesso de empreendimentos é alta, mas não se pune com pena de morte profissional, ou sacrifício pessoal de patrimônio, aquele empreendedor que não teve, em razão dos riscos intrínsecos ao negócio, o pretendido sucesso empresarial. Pelo contrário, há estímulos para que ele recomece. Henry Ford, que ficará para sempre como um revolucionário do capitalismo mundial, fracassou algumas vezes antes de prosperar.

Se esse mesmo investidor, que age de boa fé, não tiver a segurança jurídica de que responderá apenas pelo capital investido em caso de revés no negócio, não será nem mesmo investidor e, com isso, ideias promissoras, mas que precisam de capital para se desenvolverem, ficarão no papel e deixarão de gerar emprego, riqueza e renda.

O velho princípio segundo o qual o juiz julga de acordo com seu livre convencimento não é mais aceito pela legislação vigente nem condiz com a segurança jurídica.

O ativismo judicial, em nome de uma pretensa justiça ou clamor das ruas, tem sido extremamente prejudicial para a previsibilidade das decisões e para a segurança jurídica, o que acaba prejudicando todos os atores que gravitam em torno da atividade empresarial.

Em síntese, em caso de insucesso decorrente do risco empresarial intrínseco a qualquer negócio, ou se respeita a legislação sobre a matéria ou deixa de haver a separação entre os sócios e a pessoa jurídica.

Nos casos de insolvência da sociedade empresária sem a verificação comprovada das hipóteses previstas no artigo 50 do Código Civil (desvio de finalidade e confusão patrimonial), o investidor, já penalizado com o insucesso do empreendimento empresarial, não pode arcar com perdas ainda superiores ao capital investido.

Na sociedade de responsabilidade limitada os sócios tem, como o próprio nome já sugere, responsabilidades limitadas. Um aspecto a considerar é se houve, realmente, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que depende de análise do caso concreto. O segundo ponto a ser avaliado é, se provada a hipótese para a desconsideração da personalidade jurídica, quais os sócios que realmente integravam a administração da sociedade empresária.

Em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de frear a voracidade do Fisco para, nas palavras da ministra Ellen Gracie, reconhecer “a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social” (RE 562.276/PR).

Para a ministra Ellen Gracie (com quem tive a honra de integrar a Comissão de Juristas do Senado para a Reforma da Lei de Arbitragem e Mediação), a primeira mulher na Suprema Corte, “o artigo 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (má gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade” (RE citado).

Aliás, não por acaso, são os norte-americanos, onde “o negócio é fazer negócios” (nas palavras de Alan Greenspan, em *Capitalism in America — a History*), que deram estatura constitucional à pessoa jurídica, assegurando-lhes direitos como o devido processo legal, a proteção de dados e até mesmo o direito constitucional à liberdade de expressão.

Portanto, se nos exatos termos do artigo 50 do Código Civil houver a desconsideração da pessoa jurídica, tal decisão não alcança, como regra geral, os sócios minoritários que não participaram da administração.

Apenas se for demonstrado que tal sócio foi conivente ou partícipe de atos que levaram às hipóteses de enquadramento no artigo 50 do Código Civil, deverá responder por tal conduta. O “véu” da pessoa jurídica não é apenas um véu, mas uma camada clara e consistente de proteção, que só pode ser levantado, na linguagem oriunda do direito norte-americano, em situações muito bem definidas e comprovadas.

O sócio investidor, pelo fato de ser solvente, não pode automaticamente ser confundido com o insucesso da empresa e, com isso, suportar uma perda que vá além do capital que se dispôs a arriscar no empreendimento empresarial.

Nesse contexto, veio em boa hora a decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.861.306/SP), que afastou a responsabilidade de uma herdeira de um sócio minoritário em um caso de desconsideração da personalidade jurídica. Em seu voto o relator, ministro Ricardo Villas Boas Cueva, magistrado que compreende a complexidade das relações de mercado, afirma com clareza:

“Não se desconhece que, em casos excepcionais, é possível que a desconsideração da personalidade jurídica venha a atingir os bens particulares de sócio que não possua poderes de gerência ou de administração, notadamente em casos de comprovada confusão patrimonial (AgRg

no AREsp nº 1.347.243/SP), de explícita má-fé pela conivência com os atos fraudulentos praticados (REsp nº 1.250.582/MG) ou, ainda, de equivalência entre as participações societárias em sociedade modesta, composta por mãe e filha (REsp nº 1.315.110/SE), como já decidiu esta Corte em outras oportunidades”.

E prossegue afirmando que, no caso específico, “o Tribunal de origem, à luz da prova constante do processo, foi categórico em afirmar que o sócio minoritário...não teve nenhuma influência na prática dos apontados atos de abuso de personalidade ou fraude”.

Assim, é preciso, primeiro, saber se houve o enquadramento nos requisitos fixados na lei, ou seja, se houve o desvio de poder ou a confusão patrimonial. Segundo, tanto na visão do STF como do STJ, é preciso avaliar o caso concreto, à luz das provas produzidas, para só então concluir se o sócio não integrante da administração, ou mesmo integrante de órgão estatutário sem poder gerencial ou de supervisão, concorreu, de fato, para as condutas reconhecidas como inaceitáveis.

Sem a iniciativa empresarial e de investidores não há atividade produtiva, não há geração de emprego e renda, nem tampouco pagamento de impostos.

O garantismo judicial, aqui entendido como a garantia da lei e dos contratos, deve também estar previsto nas relações civis e empresariais, sob pena de se produzirem efeitos colaterais danosos para empreendedores, investidores, trabalhadores e cidadãos em geral.

***Adacir Reis** é presidente do Instituto San Tiago Dantas de Direito e Economia, sócio do escritório Adacir Reis Advocacia, ex-membro da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Reforma da Lei de Arbitragem e Mediação e autor do livro “Curso Básico de Previdência Complementar” (editora Revista dos Tribunais).

[Artigo publicado originalmente na Revista Consultor Jurídico.](#)

Fonte: [Abrapp em Foco](#), em 19.01.2022.