

CÓDIGO CIVIL PARA CONCURSOS

Cristiano Chaves de Farias, Luciano Figueiredo e Wagner Inácio Dias

8ª edição

CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIDA PROVISÓRIA 881/2019

Art. 50 do Código Civil. 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 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.

§ 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 o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º 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 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.

1. Breves comentários

A personificação das pessoas jurídicas é elemento facilitador do trânsito jurídico. Dela decorre o princípio da autonomia subjetiva ou patrimonial (princípio da entidade), estabelecendo que o patrimônio (e seus consectários como créditos e débitos) da pessoa jurídica não se estende ao patrimônio dos sócios – e vice-versa – ressalvada eventual responsabilidade ilimitada. Como pessoa que é, a pessoa jurídica possui patrimônio próprio, que não se confunde com o dos sócios, logo, as dívidas daquela não geram (automaticamente) qualquer responsabilidade para estes últimos.

Princípio da entidade

Este princípio, fundamental para as Ciências Contábeis, afirma a autonomia patrimonial da pessoa. Conforme SANTOS, José Luiz dos; SCHMIDT, Paulo e PERINAZZO Machado, Nilson. Fundamentos da Teoria da Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2005. p.30:

O princípio da entidade está definido no art. 4º da Resolução no 750/93, a qual dispõe que:

“Art. 4º O Princípio da ENTIDADE reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos. Por consequência, nesta acepção, o patrimônio não se confunde com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição.

Parágrafo único. O PATRIMÔNIO pertence à ENTIDADE, mas a recíproca não é verdadeira. A soma ou agregação contábil de patrimônios autônomos não resulta em nova ENTIDADE, mas numa unidade de natureza econômico-contábil.”

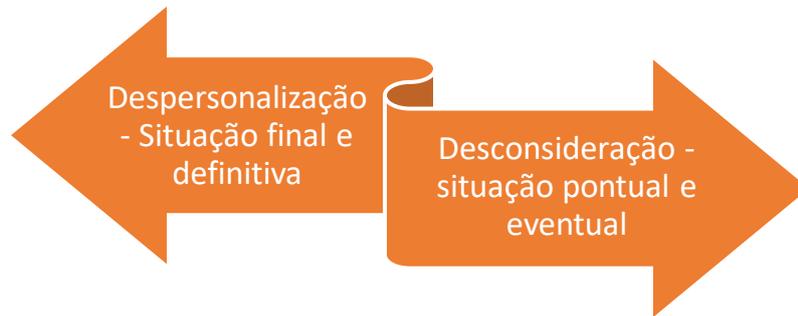
A resolução define que o ponto central do princípio da entidade está relacionado à autonomia do patrimônio a ela pertencente. Define que o patrimônio deve revestir-se do atributo de autonomia em relação a todos os outros patrimônios existentes. Em função disso, o patrimônio dos sócios que constituíram a entidade não se confunde com o daquele que a criou.

Não pode, contudo, servir tal autonomia de meio de fraude ou atuar como um limitador de responsabilidade para aqueles que se valem dela de forma leviana ou ilegal. Tendo em vista tal risco, de que se levante a personalidade como um escudo a tutelar desvios e abusos necessário que possa ocorrer o levantamento episódico da personalidade (desconsideração) quanto a sua extinção total e definitiva (despersonificação).

Começando pela segunda, deve-se perceber que a pessoa jurídica pode encontrar seu fim de forma natural ou de maneira abrupta. Naturalmente, a pessoa jurídica findará com o alcance de sua finalidade, o término do seu prazo predefinido de existência ou por mútuo acordo de seus sócios ou associados. Nestas circunstâncias a personalidade extinguir-se-á por completo, gerando a despersonificação (ou despersonalização), colocando fim na pessoa que havia sido criada. O destino de seu patrimônio seguirá o que for determinado em estatuto ou em lei, conforme analisado em cada um dos tipos possíveis.

Já a desconsideração se consubstancia em técnica processual que visa afastar, de maneira eventual e específica a personalidade, possibilitando que se alcance o patrimônio dos seus sócios ou associados. Conforme Caio Mário da Silva Pereira (atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes) *direito norte-americano engendrou a doutrina da disregard of legal entity, segundo a qual se deve desconsiderar a pessoa jurídica quando, em prejuízo de terceiros, houver por parte dos órgãos dirigentes a prática de ato ilícito, ou abuso de poder, ou violação de norma estatutária ou, genericamente, infração da disposição legal.*¹

¹ Op.cit. p.334.



A teoria da desconsideração inversa passou a ocupar espaço específico no novo regramento, com as definições de desvio de finalidade e confusão patrimonial estabelecidas nos dois parágrafos anteriores do mesmo artigo. Segundo a teoria da desconsideração inversa, é possível, uma vez solicitar que a parcela patrimonial que toque ao sócio, respeitada a personalidade de tal condição, seja direcionada em favor dos credores dele. Assim, imagine que o sócio A possua um conjunto de cotas no valor de 50 mil reais, refletidas e mensuradas no patrimônio da pessoa jurídica. Seus credores, ao detectarem a insuficiência patrimonial do devedor podem requerer a responsabilização da pessoa jurídica, como meio de satisfazer o seu crédito. O Enunciado 283 das Jornadas de Direito Civil contempla a desconsideração inversa nos seguintes termos: 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.

Ingressando nas conceituações estabelecidas nos parágrafos primeiro e segundo do art. 50, insta debater a especial finalidade estabelecida na expressão “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.” Há, claramente, dois momentos diversos de análise do desvio de finalidade. O melhor caminho é compreender que há uma disjuntiva ao invés de uma aglutinativa, desta forma não há a cumulação, mas sim duas possibilidades. Uma primeira, específica, mais restritiva, firmada sobre o conceito finalístico do dolo de lesar, pauta-se na ação direcionada com o fim de lesar. Entendo validar, inclusive, antecipações por tutela da evidência, dado o claro agir contrário à lei. Um segundo, geral e subsidiário, firmado sobre o cometimento de atos ilícitos de qualquer natureza. Os ilícitos civis são pautados no agir que lesiona terceiros, tanto dolosos quanto culposos. Mas em assim pensando haveria a desnecessidade da primeira possibilidade de desvio, que estaria compreendida na segunda? Não. A segunda está pautada na demonstração do dano por parte dos prejudicados, enquanto na primeira o dano seria presumido, devendo o sócio que se pretende atingir (ou sociedade), demonstrar que a personalidade que se pretende demonstrar é provida de patrimônio suficiente para arcar com os débitos (podendo este apresentar bens desconhecidos do processo). Desta forma, tem-se dois caminhos para a desconsideração (seja ela expansiva, indireta, direta ou inversa): um *finalístico* em que cabe ao requerente fazer a prova do dolo (demonstrado pelo agir do que desviou a personalidade) e um *genérico*, tocando ao requerente demonstrar a ocorrência do ato ilícito e, ainda, a inexistência de bens, que deveria ser aguardada ao longo do feito. A desconsideração, assim, poderia ser tomada como medida preventiva em sua forma finalística e como medida final unicamente em sua forma genérica. Em qualquer situação, não deve o

magistrado tornar a desconsideração uma regra, mas, sempre exceção. A variação encontra-se no quê de excepcional se tem a considerar. Se provas há de que a personalidade foi objeto de manobras vis e dolosamente fraudulentas, compreendo ser dado ao magistrado, antecipadamente, efetivar medidas de proteção ao direito do credor, penhorando bens específicos (sem concretização das medidas executórias-alienativas) enquanto ainda são rastreados o bem do devedor.

O novel art. 50 trata ainda da desconsideração indireta, dada no bojo dos grupos econômicos e conglomerados. Estabelece o parágrafo quarto que *a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica*. Este novo regramento poderá ter, por força do art. 1º, §1º da MP 881, efeitos profundos na aplicação desta forma de desconsideração em tema de relações de trabalho. Neste sentido, qual seria o real alcance da normativa mencionada? (*O disposto nesta Medida Provisória será observado na aplicação e na interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação, e na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção ao meio ambiente.*). Seria esta disposição o fim das teorias maior e menor da desconsideração? Antes, um pequeno esboço sobre as teorias.

A **desconsideração pode se dar de duas formas**, de acordo com a teoria adotada pelo legislador. De um lado, a teoria maior da desconsideração, baseia-se, como justificador do afastamento da personalidade, em ato fraudulento ou contrário à lei realizado pelos sócios. É o caminho definido pelo Código Civil, em seu art. 50.

Na teoria maior, na forma adotada na antiga redação do art. 50, é primordial que ocorra abuso da personalidade jurídica. Este se caracteriza pelo uso da personalidade como elemento de transgressão da lei, apontado pelo artigo como o desvio de finalidade ou confusão patrimonial. O desvio de finalidade ocorre quando a pessoa jurídica é utilizada não para alcançar seu fim natural (econômico ou não) mas sim para obter, de alguma forma, vantagem não prevista em lei ou como elemento de fraude a terceiros. De outro lado, a confusão patrimonial ocorre quando não se pode diferenciar o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios, através da compra de bens em nome da pessoa jurídica que serão de uso particular dos sócios ou quando esta quita débitos particulares de seus associados ou sócios através do patrimônio comum. Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido. Esta visão restritiva, mas justa, encontra-se no Enunciado 7 das Jornadas de Direito Civil do CJF.

Enunciado 07

Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

Ao lado da teoria maior, pode-se destacar a **teoria menor**, que viabiliza o afastamento da personalidade sempre que esta for empecilho para a satisfação dos credores. Trata-se de uma visão extremada, que coloca de lado a personalidade jurídica sempre que esta se apresenta como um obstáculo à maior tutela do consumidor. Esta é a teoria adotada pelo parágrafo 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Pode-se ler que:

Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Não há necessidade de comprovação de qualquer ato fraudulento ou contrário à lei, apenas se faz necessário demonstrar que a personalidade se apresenta como um obstáculo ao pagamento dos prejuízos sofridos pelos consumidores. Estas eram as duas teorias vigentes antes da MP 881/19. Teriam elas encontrado seus fins, reunindo-se sob o signo da teoria maior? Entendo que não.

Observe que o primeiro parágrafo do art. 1º da MP divide o alcance da mesma de duas formas: primeiro, de forma direta, aplicando as suas regras *na aplicação e na interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação*; de outro, com natureza programática, estabelece que servirão de norte *na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção ao meio ambiente*. Desta forma, para afastar a aplicação da teoria menor da desconsideração, entendo que tocará ao legislador fazer regradar de forma diversa a desconsideração no âmbito do direito do consumo. Em razão disto, enquanto será aplicada a MP para as desconsiderações antes regradadas pelo art. 2º, §2º da CLT o mesmo não se dará com o art. 28 do CDC, e, especificamente em tema de coligadas, previsto no art. 28, §2º do CDC. Assim, o art. 28 continua regendo, por agora, as desconsiderações de natureza consumeristas (assim também os regramentos relativos ao meio ambiente, com suas normativas próprias permanecem), enquanto as desconsiderações civis, empresariais e trabalhistas passam a ser regidas pela MP 881/19.

Por fim, apenas esgotando as variadas teorias que analisam a desconsideração da personalidade, há que se considerar não haver maiores efeitos sobre a teoria expansiva, que reconhece a possibilidade de afastamento do véu personalístico em busca do sócio oculto que se vale de laranjas, este sim sócio da pessoa jurídica, para praticar atos ilícitos.

Art. 421 do Código Civil. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

1. Breves comentários

Nos últimos tempos muitas vêm sendo as mudanças ocorridas na seara Civil. Confesso que não é algo com que se possa acostumar facilmente, visto que a estrutura milenar desse que se pode considerar seja um resumo do próprio Direito, gerou o conforto que é possível extrair da alegórica paragem sólida e bem construída. São tempos de terremotos e sacudidelas. Da revisão das incapacidades à apropriação do tempo, foi possível perceber que estas mudanças eram não apenas bem-vindas, mas necessárias para fazer introduzir, definitivamente, o Direito Civil no século XXI. Isto fica claro, quando se percebe que o Código Reale, apesar de trazer em seu bojo diversos instrumentos que atualizaram as relações interpessoais, ainda estava com um pé no último quartil do século XX.

A MP 881 pretende dar novos contornos a estes instrumentos e, já devo deixar claro isso, caminhou bem ao demonstrar, mormente aos julgadores e aplicadores do Direito, que relações

interempresariais devem ter uma estrutura própria de concepção e aplicação. No mais claro espírito do *laissez-faire, laissez-passer*, infelizmente, a dita MP da Liberdade teve mais de deixar passar do que de deixar fazer. Ao invés de absorver práticas simplificadoras mais amplas, coloca em cheque estruturas que já se tornaram comuns e busca engessar o julgamento de causas que, na maioria das vezes, apontam um caminho possível ao contrato que não a simples rescisão. Nestas poucas linhas irei tratar mais das mudanças que se pretendem tornar fixas no Código Civil do que à principiologia que abre a medida provisória em comento. Contudo, como não se fala das flores sem lembrar das raízes, tais princípios serão, vez ou outra, comentados.

Sim, e com isso apresento a força imparável. A MP 881 tenta se fazer como obstáculo, como objeto inamovível diante da função social, alterando a redação do art. 421, CC.

Primeiramente, a novel redação dada ao artigo pode levar o leitor à ideia de que a função social se contrapõe à liberdade de contratar, já que a mesma deveria estar ligada à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Ledo engano. A função social é um reforço à liberdade, já que esta só é plena se houver segurança. Garantir liberdade plena, sem limites razoáveis para o querer e o estipular, é deixar de lado o erro, o engano, a tragédia, o desnível, enfim, dezenas de situações que se de um lado são nascidas do querer livre, estão distantes de um querer livre e consciente. Prover o abuso e a exploração sem medidas é colocar em xeque o futuro das negociações. A função social agrega expectativas e possibilidades em uma sinfonia que tem, por fim, ajustar a estrutura do acordo a uma fonética una, sem semitons, sem desacertos e, pasme, o parágrafo único deixa a entender que o caminho, há que a revisão é excepcional, seria impor como regra a decretação da rescisão ou anulação contratual... A revisão não é, nem nunca foi, uma alternativa à manutenção rígida do acordo feito (lembrando os antigos papéis impessoais do proprietário e do contratante), mas sim uma via plausível quando no horizonte da marcha houvesse como caminho a resolução ou rescisão contratual. A revisão não é alternativa à marcha natural, mas sim obstáculo ao cortejo fúnebre. E, somente assim se pode entender o parágrafo único do novo art. 421, sem se ter o deus da morte como destino. Um dia, talvez, mas hoje não!

Art. 423 do Código Civil. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.

Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no caput, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida.

1. Breves comentários

Pactos de adesão. Os contratos de adesão fazem parte da realidade da vida social. O simples fato de uma parte aderir às normas apresentadas pela outra não gera qualquer nulidade ao trato. Contudo, em respeito a esta situação, o acordo será interpretado sempre em favor do que adere, lembrando-se que em matéria de Direito do Consumidor as cláusulas fundamentais do acordo devem ter adesão específica. O benefício se justifica, visto que apenas uma das partes se coloca na posição de redatora do contrato, impondo à outra o seu conteúdo. Cabe à outra parte unicamente aderir (ou não) ao contrato, sem que lhe seja possível, de forma paritária, discutir os termos do acordo.

Contratos paritários e a MP 881/19. O parágrafo único do presente artigo, na busca de inovar, trouxe a seguinte determinação: “nos contratos não atingidos pelo disposto no caput, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida”. Devemos, primeiramente, compreender a que tipo contratual se

refere o parágrafo em comento. Como o *caput* se limita aos contratos por adesão (ou de adesão), resta ao espectro do parágrafo único, por exclusão, aqueles que não se dão por adesão, chamados paritários. Nestes as partes têm a oportunidade de debater o conteúdo, de forma a se chegar ao melhor ajuste. Entendido isto, cabe-nos compreender o que pretendeu o legislador extraordinário, pela via da medida provisória, estabelecer. Observe que o parágrafo único estabelece que a dúvida deve beneficiar a parte que não tenha redigido a cláusula. Logicamente, por “redigiu” não se deve entender se trate do ato físico de escrever ou digitar a cláusula, já que o contrato pode ter sido debatido, analisado e concebido por ambas as partes, em sua integralidade, e tenha ficado a cargo de uma delas “redigir” a versão final do texto. O legislador extraordinário somente pode ter dado a entender por “redigir” o sentido de conceber, de construir, ou seja, quando uma cláusula tenha autoria intelectual de apenas uma das partes. Nestas circunstâncias, tendo a cláusula partido de apenas uma das partes e mesmo com a concordância da outra parte, será imputado o risco ao mentor, ao autor intelectual da pactuação. Observe que concordância não se alinha com a ideia de debate e coautoria da cláusula, se assim se der, não é cabível aplicar-se a presunção de desfavor.

Art. 480-A do Código Civil. Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual.

1. Breves comentários

Estabelecimento dos parâmetros de solução ou fixação de cláusulas de revisão. É interessante a previsão legal para que as partes estabeleçam cláusulas de resolução e de revisão para orientar a forma como se dará a solução da celeuma posta. E quais seriam estes parâmetros? Índices supletivos aplicáveis em caso de desequilíbrio econômico, regras de reordenação da justiça contratual, suprimento de vícios previamente estabelecidos, inclusive com determinação de mecanismos de conversão, dentre outras possibilidades que se tenha a construir. Um novo nível de densidade contratual que já se encontra em contratos de maior complexidade, mas que poderá chamar a atenção dos operadores do Direito para casos em que a complexidade do negócio é diminuta ou de menor expressão financeira. Compreender que todo e qualquer acordo é importante e que se deve tratar com máxima atenção mesmo os acordos mais simples, é importante alertar que, com certeza, refletirá na conduta não apenas dos que redigem contratos, mas também nas partes contratantes. Contudo, duas dúvidas surgem em relação a estes parâmetros objetivos: (a) de um lado, não sendo eles suficientes, seria possível ao magistrado extrapolar os limites estabelecidos, de forma a apresentar uma solução para o caso? (b) de outro, se os parâmetros fixados pelas partes também contiverem vícios intrínsecos, afastando a sua existência dos limites de razoabilidade, poderia o magistrado deles conhecer para, então, afastar a incidência e, assim, solucionar a lide por outros meios? Parece-nos que para ambas as dúvidas a resposta é sim. Primeiramente, impossível exigir que as partes possam antecipar todas as intempéries pelas quais possa vir a passar o contrato. Logicamente, se mesmo o sistema jurídico possui lacunas e para elas há uma série de mecanismos para que se evite que o vazio possa resultar em um caso sem solução. Sendo assim, os contratantes podem olvidar diversas situações, mesmo que em relação ao volume destas, de forma que caiba ao magistrado atuar para suprir as lacunas ou suplementar as regulamentações. Por outro lado, parâmetros, mesmo objetivos, podem estar eivados de vícios (erro, dolo, coação etc...) ou estampam o mesmo desequilíbrio genético ou funcional que se faz sentir no acordo, o que justifica reconhecer ao aplicado da lei a possibilidade de, fundamentadamente, afastar o parâmetro objetivo estabelecido, fixando outro para lhe tomar o lugar, dentro das regras gerais do Código

Civil. Assim, o dispositivo dá às partes uma solução antecipatória, sem furtar ao Judiciário seu dever maior de pacificar com justeza.

Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.

1. Breves comentários

Presunção de simetria e distribuição de riscos. Sabemos que as pessoas jurídicas empresariais possuem as mais diversas formas e se manifestam na vida social com as mais diferentes capacidades técnicas, profissionais econômicas, ou seja, a divergência e assimetria são da natureza destas instituições jurídicas. A presunção estabelecida pelo legislador extraordinário não pode superar a realidade dos fatos, do que nos faz pressupor que a presunção aqui estampada tem natureza relativa, podendo ser afastada pelo magistrado quando ele perceber que não é possível reconhecer, factual e circunstancialmente, a apontada equivalência. Contudo, esta é a parte que reputamos simples para se compreender o artigo. O que nos move nestes comentários é indagar se, ainda que mantida a presunção de simetria, pode o magistrado reequalizar a alocação de riscos estabelecida pelas partes? Para que possamos compreender isto, devemos ter em mente que a alocação de riscos tem, dentre outros efeitos, a capacidade de afastar a aplicação da teoria da imprevisão e das teorias da onerosidade excessiva e da quebra da base do negócio jurídico. Entendido isto, devemos levar em conta que tais teorias, mormente as duas últimas que possuem especial aplicabilidade nas relações contratuais, visam devolver o equilíbrio econômico contratual a partir de revisão, visando manter a avença sem que se tenha como consectário a resolução por impossibilidade ou por descumprimento da parte.

Art. 980-A do Código Civil (...)

§ 7º 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.

1. Breves comentários

(...) Complementação

O acrescentado parágrafo sétimo tem natureza explicativa, já que o parágrafo sexto, expressamente, determinava a aplicação do regramento das sociedades limitadas às EIRELIS e, com isto, a entidade e autonomia patrimoniais a ela são também aplicáveis. Contudo, optando por um caminho didático, de duvidosa necessidade, optou o legislador extraordinário deixar patente a autonomia patrimonial, somente se afastando esta quando houver fraude.

Art. 1.052 do Código Civil (...)

Parágrafo único. A sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas, hipótese em que se aplicarão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

1. Breves comentários

O parágrafo único, sendo convertido, pode decretar o fim das EIRELIs, ou uma considerável redução em sua aplicabilidade. Quando a existência das Empresas individuais de responsabilidade limitada passou a ser reconhecida em nosso sistema, foi patente a utilidade das mesmas, ainda que seja necessário patrimônio mínimo para a sua formação (100 salários-mínimos), visto que na prática a necessidade de ao menos dois sócios, para as Limitadas, criava situações absurdas, em que um sócio detinha 99% das cotas e o outro 1%, ou seja, o segundo era apenas um figurante para que se cumprisse o requisito legal. Era fato que as Limitadas poderiam funcionar temporariamente quando um dos sócios viesse a falecer, mas a situação era pontual e excepcional. Agora, o sistema passa a reconhecer a “sociedade” de uma só pessoa (sim, uma tautologia), em uma clara “preguiça” legislativa em se aperfeiçoar a EIRELI, visto que é, no mínimo, estranha a figura de uma “sociedade de uma pessoa só”. Caminhos legislativos, e aqui em função extraordinária deferida pelo Constituinte ao Poder Executivo mediante Medida Provisória, o que denota vontade prática e pouca técnica. Fato é que, como as Limitadas não possuem patrimônio mínimo para sua constituição, claramente tomarão o lugar das EIRELIs, afinal, qual a necessidade de destinar quase 100 mil reais, que serão destacados do patrimônio da pessoa física e passarão a compor o da pessoa jurídica, quando se pode, com quantia muito menor, estabelecer uma sociedade sem sócio (sim, para as Limitadas Unipessoais deve-se aplicar o conceito de titularidade e não de sócio único, como tenta fazer entender a MP 881) que terá os mesmos efeitos práticos?

LIVRO III do Código Civil

Do Direito das Coisas

CAPÍTULO IX

Da Propriedade Fiduciária

CAPÍTULO X

Do Fundo de Investimento

Art. 1.368-C. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.

Parágrafo único. Competirá à Comissão de Valores Mobiliários disciplinar o disposto no caput.

1. Breves comentários

A MP 881/19, vigente e ainda não convertida ao tempo da publicação desta edição, inseriu os artigos 1.368-C, 1.368-D e 1.368-E no Código Civil, tratando do fundo de investimento. Apesar de tecer apenas linhas gerais, delegando à CVM expedir normatização abrangente e competente, alguns pontos merecem comentário. Primeiramente, no atual momento, a CVM regula o tema através da IN 555/14, atualizada pelas INSTRUÇÕES CVM Nº 563/15, 564/15, 572/15, 582/16, 587/17, 604/18, 605/19 E 606/19, atentando-se que esta última é anterior à MP 881.

Os fundos de investimentos nascem da reunião de investidores, através de Administrador, que irão atuar no mercado de derivativos, do ouro, de títulos da dívida pública, imóveis etc. Visto

que para maximização dos lucros, são necessários aportes de grande monta. Trata-se de operação de risco que, até o momento, pode, inclusive, gerar resultado negativo (perder-se além do que se investiu). Contudo, a MP 881 estabelece a possibilidade de responsabilidade limitada ao valor da cota, o que será regulamento pela CVM (art. 1.368-D, I), para os cotistas e também para os administradores perante os cotistas e entre si (art. 1.368-D, II). Nota-se, mormente da leitura da IN 555/14 CVM e do caput do novel art. 1.368-C, que os fundos de investimento possuem natureza condominial, sendo baseados em um negócio fiduciário (*trust*), já que os condôminos confiam a administração dos valores ao agente Administrador. Vale notar que o fundo constitui bem separado do patrimônio do Administrador, afetado, não podendo ser objeto de penhora em caso de insolvência deste.

Segundo a IN 555/14 CVM, *o fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros*, e em seu art. 4º reconhece a Instrução Normativa a natureza condominial dos fundos: *o fundo pode ser constituído sob a forma de condomínio aberto, em que os cotistas podem solicitar o resgate de suas cotas conforme estabelecido em seu regulamento, ou fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término do prazo de duração do fundo*.

As cotas do fundo correspondem a frações ideais de seu patrimônio, são escriturais, nominativas, e conferem iguais direitos e obrigações aos cotistas e são, se se tratar de fundo aberto, em regra, incessíveis, exceto: I – decisão judicial ou arbitral; II – operações de cessão fiduciária; III – execução de garantia; IV – sucessão universal; V – dissolução de sociedade conjugal ou união estável por via judicial ou escritura pública que disponha sobre a partilha de bens; e VI – transferência de administração ou portabilidade de planos de previdência.

Já as cotas de grupos fechados (e os direitos de subscrição) podem ser transferidos, mediante termo de cessão e transferência, assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou por meio de negociação em mercado organizado em que as cotas do fundo sejam admitidas à negociação.

Art. 1.368-D do Código Civil. O regulamento do fundo de investimento poderá, observado o disposto no regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 1.368-C:

I - estabelecer a limitação da responsabilidade de cada condômino ao valor de suas cotas; e

II - autorizar a limitação da responsabilidade dos prestadores de serviços fiduciários, perante o condomínio e entre si, ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade.

1. Breves comentários

O atual regramento dos fundos de investimento estabelece responsabilidade solidária e ilimitada para os administradores e cotistas, visto que o valor da cota é obtido pela divisão do patrimônio líquido do fundo pelo número de cotas. Desta forma, é possível que o valor individual seja negativo. A nova previsão possibilitará que, através de regulamentação da CVM, visto que isto impactará na rentabilidade do fundo, poderá ser autorizada a conversão da distribuição de responsabilidade, tanto limitando a responsabilidade dos cotistas (que seria limitada ao valor da cota), quanto a dos gestores dos fundos, diante do condomínio de cotistas. Além disso, possibilita a retirada da qualidade de solidários entre os responsáveis. Vale destacar que o STJ já compreende que os fundos de investimento são regrados, entre cotistas e gestores, pelo CDC, mas que, mesmo assim, o risco de resultados negativos e perdas são inerentes a tais relações, não havendo direito a indenização, seja material ou moral, como se tem no conhecido julgado

do REsp 799.241-RJ, *in verbis* (info STJ 502): *A responsabilidade civil não pode ser imputada ao gestor do fundo derivativo (recorrente); pois, ainda que o CDC seja aplicável à relação jurídica estabelecida entre ele e o investidor (Súm. n. 297-STJ), não se pode falar em ofensa ao direito à informação (CDC, art. 8º), em publicidade enganosa (CDC, art. 37, § 1º) ou em defeito na prestação do serviço por parte do gestor de negócios (CDC, art. 14, § 1º, II). In casu, o recorrido é investidor habitual e experiente (analista financeiro), tendo ciência dos riscos e oscilações de investimento dessa natureza. Ademais, não se pode alegar defeito na prestação do serviço pelo gestor de negócios porque, embora remunerado pelo investidor (consumidor) para providenciar as aplicações mais rentáveis, não assumiu obrigação de resultado, vinculando-se a lucro certo, mas obrigação de meio, de bem gerir o investimento, visando à tentativa máxima de obtenção de lucro. Por outro lado, os fundos derivativos são investimentos agressivos, com alto risco, podendo proporcionar ganhos relevantes, mas também perdas substanciais. Dessarte, sendo a perda do investimento um risco que pode, razoavelmente, ser esperado pelo investidor desse tipo de fundo, não se pode alegar defeito no serviço, sem que haja culpa por parte do gestor do fundo. Também, não há como presumir má gestão do fundo, gestão fraudulenta ou propaganda enganosa, mormente quando as instituições financeiras são fiscalizadas pelo Bacen, inexistindo indícios de que tenham descumprido normas e obrigações estipuladas. Os prejuízos havidos devem ser atribuídos à desvalorização cambial efetivada pelo Governo Federal em janeiro de 1999, bem assim ao alto grau de risco ínsito às aplicações em fundos de investimento derivativo. Assim, concluiu-se que a desvalorização da moeda naquela época é evento equiparável a caso fortuito e força maior, que foge ao alcance do recorrente. Precedentes citados: REsp 1.003.893-RJ, DJe 8/9/2010; REsp 343.617-GO, DJ 16/9/2002, e RMS 15.154-PE, DJ 2/12/2002. REsp 799.241-RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 14/8/2012.*

Por outro lado, pode-se imputar responsabilidade ao gestor por fundamentos outros, como a falha na informação ou na cautela para se evitarem prejuízos (aplicação direta do *duty to mitigate the loss*) como se pode notar em interessante decisão do STJ (info STJ 541): A instituição financeira que, descumprindo o que foi oferecido a seu cliente, deixa de acionar mecanismo denominado "stop loss" pactuado em contrato de investimento incorre em infração contratual passível de gerar a obrigação de indenizar o investidor pelos prejuízos causados. Com efeito, o risco faz parte da aplicação em fundos de investimento, podendo a instituição financeira criar mecanismos ou oferecer garantias próprias para reduzir ou afastar a possibilidade de prejuízos decorrentes das variações observadas no mercado financeiro interno e externo. Nessa linha intelectual, ante a possibilidade de perdas no investimento, cabe à instituição prestadora do serviço informar claramente o grau de risco da respectiva aplicação e, se houver, as eventuais garantias concedidas contratualmente, sendo relevantes as propagandas efetuadas e os prospectos entregues ao público e ao contratante, os quais obrigam a contratada. Neste contexto, o mecanismo *stop loss*, como o próprio nome indica, fixa o ponto de encerramento de uma operação financeira com o propósito de "parar" ou até de evitar determinada "perda". Assim, a falta de observância do referido pacto permite a responsabilização da instituição financeira pelos prejuízos suportados pelo investidor. Na hipótese em foco, ainda que se interprete o ajuste firmado, tão somente, como um regime de metas quanto ao limite de perdas, não há como afastar a responsabilidade da contratada, tendo em vista a ocorrência de grave defeito na publicidade e nas informações relacionadas aos riscos dos investimentos. REsp 656.932-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24/4/2014.

Art. 1.368-E do Código Civil. A adoção da responsabilidade limitada por fundo constituído sem a limitação de responsabilidade somente abrangerá fatos ocorridos após a mudança.

1. Breves comentários

Vale destacar que o estabelecimento da limitação de responsabilidade somente terá efeitos em relação às dívidas constituídas após a mudança de sistema (do vigente para o da limitação da responsabilidade), forma encontrada pela MP (art. 1.368-E) para proteger interesse legítimo de terceiros. Pode parecer estranho, mas a migração de um sistema de responsabilidade para o outro pode não ser tão simples, já que implicará em modificação da tábua de riscos do fundo e, conseqüentemente, modificação da rentabilidade. A análise do risco tocará ao gestor e decisão em assembleia, conforme regulamentação da CVM, e, mesmo que adotada, somente passará a valer para os papéis que se incrementarem ao fundo após a modificação, em respeito aos interesses e expectativas de terceiros que já estabeleceram relações com o condomínio.