RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS

**Desconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicação no
direito de família e sucessões**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes
Hironaka

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

RENATO LUIZ FRANCO DE CAMPOS

**Desconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicação no
direito de família e sucessões**

Dissertação de mestrado apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Franco de Campos, Renato Luiz

Desconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicação no direito de família e sucessões. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, 196p.

Dissertação – Mestrado

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Dedicatória:

À Valéria e à Malu.

Por tudo, simplesmente...

Aos meus pais Flavião e Luquinha e ao meu irmão Flavinho.

Simplesmente por tudo.

Agradecimentos:

Em primeiro lugar, à minha orientadora Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, por ter me recebido com tanto carinho e atenção na pós-graduação, sempre me incentivando e mostrando os melhores caminhos da pesquisa acadêmica. À Giselda, já uma amiga, minha profunda gratidão e admiração.

Aos Professores Nestor Duarte e Antonio Carlos Morato, pelas importantes críticas e comentários feitos no exame de qualificação, os quais foram muito importantes para o desenvolvimento do presente trabalho.

Aos meus sempre mestres e amigos Professores José Rogério Cruz e Tucci e Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, pelos ensinamentos técnicos, acadêmicos, morais e éticos de toda uma vida, os quais levarei para sempre, onde estiver. Ao lado deles, aos amigos e verdadeiros irmãos do escritório Tucci Advogados Associados, Vagner Mendes Bernardo, Marília Elena de Souza, Rogério Lauria Marçal Tucci, Rafael Lauria Marçal Tucci e Pedro Caetano Dias Lourenço, pela amizade e carinho de sempre.

Aos meus sócios Pedro Amaral Salles e Guilherme Meirelles Bruschini, que contribuíram com discussões, apontamentos e críticas ao presente trabalho, assim como àqueles que me auxiliaram com inúmeras (e trabalhosas) revisões, Letícia Marquez de Avelar, Hugo Sampaio, José Pinheiro Filho, Cyrillo Cavalheiro Neto e Gustavo Nogueira. O meu mais sincero muito obrigado!

Por fim, mas não menos importante, à minha esposa Valéria e minha filha Maria Luisa, desculpando-me pela inevitável ausência, agradeço pelo inabalável amor, companheirismo, compreensão e também pelo constante incentivo.

FRANCO DE CAMPOS, Renato Luiz. Desconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicação no direito de família e sucessões. 2014. 196 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

RESUMO: O objetivo desta dissertação foi o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em sua modalidade inversa, e sua aplicabilidade no direito de família e sucessões, principalmente na partilha de bens - efetivada no divórcio ou dissolução de união estável -, na execução de alimentos e na sucessão legítima. A escolha do tema decorreu da necessidade do estabelecimento de pressupostos e requisitos objetivos para a aplicação da *disregard* na seara do direito de família e sucessões. A utilidade e adequação da abordagem da matéria se justifica pela instabilidade jurídica provocada pela acriteriosa aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações familiares. Por outro lado, o enfoque crítico desenvolvido no presente trabalho se justifica pela existência de corrente doutrinária que defende a aplicação da desconsideração em inúmeras situações familiares nas quais outros remédios, já seculares, de direito material ou processual seriam igualmente eficazes, sem que fosse necessária a drástica declaração de ineficácia da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seu sócio. Buscou-se apontar, desta forma, os meios existentes para se alcançar o mesmo resultado prático apresentado pela *disregard*, mas com a utilização de outras figuras, tais como a simulação, a fraude contra credores e a fraude à execução, ficando, por via de consequência, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, restrita às hipóteses em que não há quaisquer outros meios para se evitar ou buscar a reparação dos prejuízos advindos da utilização das pessoas jurídicas com abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica. Inversa. Abuso da personalidade jurídica. Direito de família. Sucessões. Pressupostos objetivos. Critérios. Aplicação.

FRANCO DE CAMPOS, Renato Luiz. Disregard of legal entity: limitations and application on family and inheritance law. 2014. 196 f. Dissertation for Master's degree. Law School of the University of São Paulo. São Paulo. 2014.

ABSTRACT: The aim of this dissertation was the study of the doctrine of the disregard of legal entity, but in its inverted form, as well as its application to family law, particularly in the division of assets – usually enforced in divorces and dissolution of stable union – in alimony claims and inheritance law, specifically the forced heirship - legitimacy. The choice of this topic resulted from the necessity of establishing objective assumptions and requirements for the application of the disregard doctrine to family and inheritance law. The utility and adequacy of the approach to this dissertation title is the legal instability generated by the inaccurate application of the disregard doctrine in family relationships. On the other hand, the critic approach developed over this dissertation is justified by the existence of positions sustained by renowned lawyers in the sense that the disregard doctrine may be applicable to family situations that should be, in fact, subjected to other existing remedies, without the Court interference declaring the void of the splitting of assets of the company and the assets of the shareholder. This dissertation intended to demonstrate the existing ways to have the same practical result eventually reached with the application of the disregard doctrine, using other figures such as sham, disguising and fraud, what makes the disregard doctrine restricted to cases in which there is no alternative other than its application to compensate damages resulted from the misuse or the abuse of legal entities.

KEY-WORDS: Disregard doctrine. Inverted form of disregard doctrine. Abuse of legal entities. Family law. Rights of survivorship. Objective assumptions. Criteria. Application.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO.....	10
1. Escopo do presente trabalho.....	10
2. Corte teórico proposto.....	15
II – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	18
3. Escorço histórico.....	18
3.1 Evolução da limitação da responsabilidade dos sócios.....	19
3.2 Autonomia da pessoa jurídica.....	24
3.3 Surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.....	26
3.4 Desenvolvimento da desconsideração no direito alemão.....	30
4. Evolução da teoria da desconsideração no Brasil.....	39
4.1 A recepção da teoria subjetiva e o pioneiro estudo de Rubens Requião.....	39
4.2 O desenvolvimento da teoria objetiva e o estudo de Fabio Konder Comparato.....	43
4.3 A crise da função da pessoa jurídica sob a ótica de José Lamartine Corrêa de Oliveira.....	46
5. Desconsideração da personalidade jurídica na experiência jurídica brasileira.....	51
6. Hipóteses e pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica e os dispositivos legais equivocadamente utilizados como exemplos de desconsideração.....	59
6.1 Atribuição de responsabilidade direta e solidária x teoria da desconsideração.....	60
6.2 Desconsideração atributiva.....	65
6.3 Desconsideração para fins de responsabilidade.....	67

7.	Critérios utilizados para aplicação da desconsideração para fins de responsabilidade.....	70
7.1	Abuso de direito e o abuso da personalidade jurídica.....	75
7.2	Desvio de finalidade.....	81
7.3	Confusão patrimonial.....	87
7.4	Outras figuras: fraude e simulação.....	89
7.4.1	Fraude em geral, fraude contra credores e fraude à execução.....	92
7.4.2	Simulação.....	99
8.	Abusiva e equivocada aplicação da <i>disregard</i>	102
9.	Desconsideração inversa da personalidade jurídica.....	107

III – DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES.....113

10.	Casamento e união estável.....	120
10.1	Regime de bens.....	124
10.2	Divórcio e partilha.....	133
10.3	Desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens.....	139
11.	O dever alimentar e a prova da capacidade financeira do alimentante.....	149
11.1	A fixação da pensão alimentícia: a desconsideração atributiva e a teoria da aparência.....	155
11.2	A execução de alimentos e as hipóteses de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica.....	161
12.	Sucessão legítima, testamentária e os herdeiros necessários.....	164
12.1	Vocação hereditária, a legítima, a colação e a redução.....	168
12.2	Desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito sucessório	178

IV - CONCLUSÃO.....184

V– BIBLIOGRAFIA.....187

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1. Escopo do presente trabalho

A presente dissertação se propõe a trazer à tona a palpitante e controversa teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no Brasil, especificamente na área do direito de família e sucessões, campo em que a desconsideração é utilizada em sua modalidade inversa, ou seja, em razão do descumprimento de uma obrigação pessoal do sócio, busca-se o patrimônio pertencente à pessoa jurídica da qual tal sócio participa.

É exatamente a aplicação inversa da teoria da desconsideração da personalidade jurídica o principal objeto de estudo no presente trabalho.

Em uma realidade em que as famílias têm, cada vez mais, organizado seus patrimônios pessoais por meio da utilização de pessoas jurídicas, é possível verificar, por via de consequência, o uso destas mesmas sociedades de maneira abusiva e em desvio de finalidade, com o escopo de imputar lesão aos próprios entes familiares, seja por ocasião da partilha de bens no divórcio, no pagamento de pensão alimentícia ou, ainda, na sucessão legítima.

A utilização das pessoas jurídicas de modo abusivo e ilegal na seara do direito de família não é exatamente uma novidade. JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, em sua clássica obra *A dupla crise da pessoa jurídica*¹, em 1979, já alertava sobre a ocorrência de tal prática, ao anotar que

¹ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 542.

o problema surge quando se alega a fraude à lei em matéria de partilha de bens do casal no desquite (o marido, sócio majoritário de sociedade em que o único con-sócio é seu irmão, esvazia o patrimônio social, fazendo desaparecer em negócios o dinheiro da venda e trazendo à partilha as quotas sociais de uma sociedade agora pobre) ou em matéria de legítima de herdeiros necessários, principalmente no caso de tentativa de beneficiamento dos filhos varões em detrimento das filhas (através da transferência de bens para o patrimônio de sociedades em que sejam sócios apenas o pai e os filhos varões). A problemática viva e constante continua a suscitar os litígios, e os litigantes batem à porta dos pretórios. Onde, porém, a coerência de critérios e orientação que permita a segurança do Direito?

Não há dúvidas de que se trata de uma solução sedutora, que propõe a resolução, por meio de um único instituto, de distintos problemas advindos da utilização da pessoa jurídica de modo contrário à sua função ou finalidade, assim como aos princípios que regem o ordenamento.

O estudo da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil é uma necessidade premente, pois a ausência de critérios objetivos para a sua aplicação, tanto no aspecto de direito material, como também na esfera processual, dá ensejo a verdadeira avalanche de decisões judiciais atécnicas, que abalam a segurança jurídica própria da limitação da responsabilidade dos sócios, colocando em dúvida as próprias vantagens advindas da desconconsideração.

Trata-se, com efeito, de grande ironia, o fato de uma teoria originada na jurisprudência sofrer com tantos equívocos em sua aplicação pelos tribunais, principalmente na área de direito de família e sucessões.

Nesse sentido, observa, com acuidade, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, que atualmente, outro abuso tem sido verificado, na medida em que

já se estabelece praticamente uma confusão automática entre a pessoa jurídica e seus membros”, para complementar que “a atuação no foro, atualmente, demonstra que o excepcional instituto transformou-se em regra geral dos casos em que uma pessoa jurídica figura no pólo passivo de determinada demanda. Tal orientação desvirtua toda a construção secular do instituto e pode trazer consequências funestas a longo prazo².

ALEXANDRE COUTO SILVA, em idêntico senso, reconhece
que

a aplicação excessiva e sem critério, pelo judiciário, da teoria da desconsideração em casos de simples inadimplência tem trazido vários entraves e consequências danosas à livre iniciativa e à propriedade privada. Todos os excessos têm que ser refreados e, no caso específico, os institutos da pessoa jurídica e da limitação da responsabilidade têm que ser protegidos. O judiciário deve proteger o instituto da pessoa jurídica tanto dos excessos (abuso e fraude) no uso do instituto pelo sócio ou administrador como dos excessos do próprio judiciário ao aplicar a teoria da desconsideração sem a prova da fraude ou de abuso de direito³.

Considerando, por outro lado, que as relações familiares são necessariamente desenvolvidas entre pessoas físicas, as hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração no direito de família e sucessões ocorrem sempre de modo *inverso*, ou seja, para o cumprimento de uma obrigação pessoal do sócio, é buscado o patrimônio da pessoa jurídica utilizada para burlar tal compromisso.

Não há dúvidas de que o objeto específico do presente estudo, a desconsideração *inversa* da personalidade jurídica, também se ressentir de

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Código civil comentado, v. 1; São Paulo: Atlas, 2007: p. 131.

³ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação... cit. p. 77.

parâmetros materiais mais objetivos para sua aplicação, até porque não se encontra especificamente positivada em nosso ordenamento⁴.

Dessas ponderações é que se extrai a importância do estabelecimento de parâmetros e critérios, mais específicos e pontuais, para aplicação da teoria inversa do *disregard*, em contraponto às ferramentas já disponíveis em nosso sistema, que muitas vezes são insuficientes para a obtenção da solução necessária, em consonância com os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, essencialmente afetos às relações de direito de família.

Neste trabalho, inicialmente, será traçado um esboço histórico acerca do desenvolvimento da limitação da responsabilidade dos sócios⁵, para, em seguida, investigar o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na doutrina e jurisprudência do *common law* e, por fim, tratar-se-á da “importação” do instituto pelos países de origem romano-germânica, especialmente a Alemanha e o Brasil.

Na segunda parte, serão analisados os parâmetros teóricos utilizados na aplicação da desconsideração no Brasil, principalmente em razão de seu emprego de modo distorcido pelos tribunais, que utilizam tal remédio em hipóteses fáticas nas quais o ordenamento jurídico já conta com soluções específicas e menos gravosas (v. g. fraude à execução, fraude contra credores, simulação, etc.), ou, ainda, quando a legislação já estabelece responsabilidade solidária e direta dos sócios ou administradores das pessoas jurídicas.

⁴ O artigo 50 do Código Civil trata apenas do ingresso no patrimônio do sócio em razão de uma obrigação da sociedade, mas não o inverso, ou seja, a incursão nos bens da pessoa jurídica para o adimplemento de uma obrigação contraída por seu sócio.

⁵ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, em sua magistral obra Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. ix), desenvolve a premissa de que a limitação de responsabilidade dos sócios, “desde o direito romano, foi orientada por um princípio que a condicionou à natureza real ou creditória dos direitos dos sócios sobre o patrimônio dedicado à empresa e sobre os resultados experimentados” sendo que foi a “vacuidade subjetiva” advinda da limitação de responsabilidade nas sociedades por ações que deu causa ao aparecimento das primeiras “teorias da pessoa jurídica”.

Em seguida, se passará ao estudo da desconsideração inversa da personalidade jurídica e sua aplicabilidade na área do direito de família e sucessões, não obstante sua própria existência como ferramenta jurídica seja contestada por alguns autores⁶. O enfoque dado ao estudo será crítico e restritivo, ou seja, se buscará demonstrar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica deve ser aplicada apenas como último ou único instrumento capaz de evitar ou remediar a abusiva utilização da sociedade em prejuízo dos entes familiares.

Por fim, será apresentada a conclusão da presente dissertação, pela qual se pretende contribuir para o estudo de um instituto bastante controverso, cuja aplicação, se efetivada com o necessário rigor e embasamento teórico, pode constituir instrumento eficaz, também nas áreas do direito de família e sucessões, para coibir a abusiva utilização das pessoas jurídicas como meio de lesar entes familiares.

⁶ Em recente artigo disponibilizado em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1308,21048-A+desconsideracao+da+personalidade+juridica+e+o+novo+Codigo+Civil>, (acessado em 03/11/2014) o professor ADRIANO FERRIANI, afirma que: “Embora já sedimentada a denominação, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não parece adequado o nome atribuído: desconsideração inversa da personalidade jurídica. Não há propriamente desconsideração nessas situações e sim transferência fraudulenta de bens por parte do devedor a terceiro. Tais casos devem ser tratados como fraude (contra credores ou de execução, conforme o caso) ou como simulação. O fato de o terceiro ser uma pessoa jurídica da qual é sócio o devedor não descaracteriza o ato de transferência como fraude ou simulação. E a fraude contra credores tem requisitos próprios para a sua configuração, variáveis conforme a alienação seja gratuita ou onerosa. Ademais conforme o caso, os efeitos também são variáveis. A fraude contra credores tem como efeito a anulação, enquanto a fraude de execução a ineficácia e a simulação a nulidade”.

2. Corte teórico proposto

O presente trabalho terá como hipótese central de estudo a análise da desconsideração inversa da personalidade jurídica e sua aplicação na seara do direito de família e sucessões, de modo a não ocasionar qualquer insegurança jurídica ou, ainda, colocar em dúvida as vantagens da própria existência do remédio.

Paralelamente, serão analisadas as premissas teóricas e os reflexos práticos da teoria da desconsideração convencional e seu panorama atual.

O esboço histórico tratará do desenvolvimento da limitação da responsabilidade dos sócios, que serviu de premissa para o surgimento da pessoa jurídica, assim como das diversas teorias que procuraram definir ou explicar sua natureza.

A discussão envolvendo as inúmeras classificações da pessoa jurídica foi protagonista de grandes embates teóricos, no chamado “período das luzes e da razão”⁷⁸, capitaneados por SAVIGNY, cujo pensamento originou a chamada teoria ficcionista, e seu opositor, OTTO VON GIERKE, que entendia as pessoas jurídicas como unidades sociais vivas, desenvolvendo, a partir de tal premissa, a teoria orgânica ou da realidade.

Para os fins do presente estudo, por se tratar de matéria que foge ao escopo proposto e que, atualmente, não possui a relevância que a impulsionava

⁷ ORESTANO, Ricardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Turim, G Giappichelli Editore, 1968.

⁸ GALGANO, Francesco. *Le teorie dell'impresa* in *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Pádua, 1978.

outrora⁹, inclusive de ordem política, as teorias que justificam ou explicam a existência da pessoa jurídica serão abordadas apenas superficialmente.

Até porque, partindo da premissa defendida por WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, de que não é através da chamada personalidade jurídica que se explicaria ou justificaria a limitação da responsabilidade dos sócios, não se faz necessário, para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, eleger uma das teorias explicativas da pessoa jurídica para justificar ou suportar as conclusões a serem propostas.

Importante salientar, a este propósito, que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui maior relevância em relação às pessoas jurídicas cujos sócios gozam de responsabilidade limitada, principalmente as sociedades anônimas e limitadas. Já no que se refere aos tipos societários em que a responsabilidade dos sócios é ilimitada por natureza, não há grande interesse na aplicação da desconsideração.

Também não será tratada no presente estudo a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos empresariais¹⁰, nem o conflito entre a desconsideração para fins de atribuição de responsabilidade e a responsabilização direta do administrador em razão de normas específicas aplicáveis à hipótese¹¹.

Na parte específica em que se abordará a desconsideração inversa da personalidade jurídica, no âmbito do direito de família e sucessões, será demonstrado, de modo reflexo, que a aplicação técnica e pontual do instituto não gera

⁹ SZTAJN, Rachel, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, 1999, RT 762, p. 83.

¹⁰ Para uma análise específica acerca deste tema, KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹¹ SILVA, Leonardo Toledo da. Análise crítica do art. 50 do Código Civil: Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, faz elaborada análise acerca da dicotomia entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade direta dos administradores.

quaisquer consequências danosas aos interesses dos demais sócios e dos credores da sociedade¹².

Por fim, impende salientar que não será objeto do presente trabalho qualquer matéria de ordem processual envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o escopo desta dissertação está ligado exclusivamente aos pressupostos e hipóteses materiais de aplicação do instituto.

Em resumo, o presente trabalho não tem como objetivo a análise aprofundada de toda a teoria da desconsideração, mas apenas contribuir para o estabelecimento de critérios mais objetivos e específicos para a aplicação inversa da teoria, especialmente na área do direito de família e sucessões.

¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 247/248 faz interessante análise da desconsideração inversa pelo prisma dos demais sócios e dos credores sociais.

CAPÍTULO II – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3. Escorço histórico

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possui íntima ligação não só com a figura das pessoas jurídicas em si, mas, antes disso, com o próprio surgimento da limitação de responsabilidade dos componentes das primeiras organizações de pessoas para fins mercantis.

Não há dúvidas de que as discussões em torno da conceituação e natureza da pessoa jurídica eclodiram apenas no século XIX, especialmente pelas mãos de SAVIGNY, o primeiro grande estudioso da teoria das pessoas a partir de um ponto de vista geral, e ao qual, segundo CORRÊA DE OLIVEIRA, deveríamos agradecer pela existência do “problema da personalidade jurídica”¹³.

Previamente, no entanto, ao surgimento do conceito de pessoa jurídica, já se percebia a existência, em alguns tipos primitivos de sociedade, da limitação de responsabilidade dos sócios, a qual, em última análise, é a principal razão para o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, antes de se abordar especificamente a evolução da teoria da desconsideração, faz-se necessário traçar um breve panorama do desenvolvimento histórico da limitação da responsabilidade dos membros das primeiras sociedades mercantis, para que seja possível apontar elementos que, desde as épocas mais remotas, justificaram a proteção ao patrimônio pessoal de alguns ou de todos os seus componentes.

¹³ A dupla crise... op.cit., p. 2.

3.1 Evolução da limitação da responsabilidade dos sócios

Acompanhando a conclusão de WARDE JUNIOR, o estudo da evolução da limitação da responsabilidade demonstra que, desde as *societas* romanas, já se desenvolvia a ideia de que aquele sócio que se utiliza diretamente, como se proprietário fosse, de todo o patrimônio social, aproveitando-se diretamente dos resultados da empresa, deve responder de modo direto e ilimitado perante os credores da sociedade. Por outro lado, os sócios investidores, não dedicados à gestão e que não se utilizam dos bens da sociedade, podem responder apenas limitadamente perante terceiros. Ou seja, criou-se um “princípio pré-jurídico e equitativo, que condicionava a responsabilidade dos sócios à natureza de seus direitos sobre o patrimônio e os resultados da empresa”¹⁴.

Como aponta ARANGIO-RUIZ, o direito romano não conheceu o instituto da pessoa jurídica, propriamente dito, cuja nomenclatura surgiu apenas no século XIX, mas chegou a intuir a existência de “centros de imputação de direitos e deveres”¹⁵, relacionados a entidades de “direito público”, como descreveu ORESTANO¹⁶

Na Roma Antiga, no entanto, já se tem notícia do desenvolvimento das chamadas *societas*, considerado o mais importante meio ou instrumento de organização da atividade comercial. As *societas* eram o contrato por meio do qual duas ou mais pessoas (*socii*) se obrigavam a reunir bens com objetivo de obtenção de um determinado fim patrimonial.¹⁷

¹⁴ Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 333/339.

¹⁵ *La Società in Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 1950.

¹⁶ ORESTANO, R., *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Turim, G Giappichelli Editore, 1968, p. 88.

¹⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*, Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 2006, p. 349.

As *societas* romanas, em sua espécie mais utilizada para o exercício da atividade comercial e industrial¹⁸, as *societas unius alicuius negotii*, podiam ser consideradas simplesmente um agrupamento de pessoas e patrimônio, que se uniam para a persecução de um fim comum.

Tais organizações, no entanto, não possuíam relevância externa, ou seja, não se mostravam como uma sociedade, um ente distinto, quando realizavam negócios com terceiros. Em relação aos terceiros, eram os sócios que negociavam em nome próprio, inexistindo, por via de consequência, qualquer espécie de limitação de responsabilidade.

A respeito das *societas unius alicuius negotii*, ARANGIO-RUIZ aduz que as relações societárias entre os sócios eram meramente internas, não transparecendo a terceiros, ou seja, inexistiam relações negociais com a *societas* mas apenas com seus membros, muito embora não haja total convergência entre o pensamento dos romanistas acerca da irrelevância externa de tais organizações¹⁹.

Havia, entretanto, já durante a República, uma espécie distinta de *societas*, denominada *publicanorum*, à qual os doutrinadores, de um modo geral, aquiescem acerca da relevância externa do vínculo societário, uma vez que seus membros exerciam, nos últimos séculos da República, atividades de caráter público, como a cobrança de impostos²⁰.

A principal característica que distinguia essa espécie associativa era a existência da figura dos *adfines*, que podiam ser considerados meros investidores do agrupamento social, buscando apenas uma participação nos lucros e cuja

¹⁸ SALOMÃO FILHO “Societas” com relevância externa e personalidade jurídica. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, 1991, n. 81, p. 67.

¹⁹ *La società*... op cit. p. 80.

²⁰ Nesse sentido, ARANGIO-RUIZ, *La società*... op cit. p. 83; CALIXTO SALOMÃO FILHO, “Societas” com relevância... op. cit. p. 67; e WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 33/34.

responsabilidade, por outro lado, limitava-se ao aporte por eles realizado²¹. O *adfine* permanecia, desta forma, afastado da administração e atividade da sociedade, situando-se em posição assemelhada à de um credor, razão pela qual se dava a limitação de sua responsabilidade.

Foi apenas na Baixa Idade Média, no entanto, que as chamadas sociedades mercantis sofreram acentuado desenvolvimento, passando a apresentar inequívoca relevância externa e acenar com as primeiras hipóteses de autêntica limitação de responsabilidade²².

As chamadas companhias medievais, que seriam as primeiras sociedades em nome coletivo, apresentavam relevância externa, mas seus sócios eram solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações assumidas pela companhia.

A responsabilidade ilimitada, neste caso, decorria exatamente - confirmando o raciocínio desenvolvido no final do tópico anterior - da participação direta de todos os sócios na atividade e no patrimônio social.

Assim, diante dos elevados riscos experimentados pelos comerciantes da época, eclodia o desejo de limitação da responsabilidade, principalmente em relação a eventuais sócios capitalistas, ou seja, aos sócios que não participariam diretamente da atividade da empresa. Segundo WALDEMAR FERREIRA²³, do objetivo de fomentar os investimentos de capital é que decorreu o surgimento das

²¹ WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 39.

²² TULIO ASCARELLI aduz que o próprio sistema de direito comercial surgiu na “civilização das comunas”, em contraposição à civilização feudal: “O direito comercial aparece, por isso, como um fenômeno histórico, cuja origem é ligada à afirmação de uma civilização burguesa e urbana, na qual se desenvolve um novo espírito empreendedor e uma nova organização dos negócios. Essa nova civilização surge justamente, nas comunas italianas”. ASCARELLI, Tulio. *Corso di Dirrito Commerciale – Introduzione e Teoria dell’a Imprensa*. 3ª ed. Milão: Giuffrè; COMPARATO, Fábio Konder. Origem do Direito Comercial. Revista de Direito Mercantil n. 103. São Paulo: RT 1996. P. 87-100.

²³ FERREIRA, Waldemar, Tratado de sociedades Mercantis, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1952, V. 1. p. 90-110.

sociedades em comandita simples, sendo inoportuno, nesse momento, analisar a controvérsia sobre a real origem de tal tipo societário²⁴. De todo modo, qualquer que seja a conclusão, é certo que o seu escopo era justamente limitar a responsabilidade do “sócio investidor” ou “capitalista”, promovendo o ingresso de capital externo e o fomento da atividade econômica.

O que se vê, também nesta figura, é que se pode estabelecer o mesmo raciocínio que será posteriormente empregado no estudo dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. A administração da sociedade, com a utilização direta dos seus recursos e patrimônio, era realizada pelo sócio comanditado, cuja responsabilidade era ilimitada. O sócio comanditário, por sua vez, não poderia participar da administração da sociedade, sob pena de perder o privilégio da limitação de responsabilidade. Possuía, de modo assemelhado ao *adfines* da *societas publicanorum*, uma relação próxima à de credor da sociedade e daí decorria a limitação de sua responsabilidade.

Já a partir do século XV, na chamada Alta Idade Média, surgiram as primeiras organizações societárias, cujas figuras eram mais próximas às das atuais sociedades por ações.

WALDEMAR FERREIRA assevera que, em 1602, as diversas sociedades comerciais dos povos dos Países Baixos, por ele descritos como “navegadores indômitos e mercadores astutos e ativos”²⁵, deixaram de se organizar individualmente para cada jornada ou viagem, para fundirem-se, dando lugar à Companhia das Índias Orientais. O capital social foi integralizado mediante oferta pública das “ações” (*acties*), que podiam ser comercializadas na bolsa de Amsterdã. A

²⁴ Acerca desta controvérsia, WALDEMAR FERREIRA aponta existência de três correntes distintas, segundo as quais a sociedade em comandita simples teria surgido: i) em Florença, por obra o legislador, em 1408; ii) teria derivado da sociedade em nome coletivo e iii) teria como origem, o contrato de comenda, não sendo, consequentemente, uma sociedade em nome coletivo “modernizada”. Tratado de sociedades... op. cit. p. 218.

²⁵ Tratado de sociedades... op cit, p. 225

responsabilidade dos acionistas, sem qualquer participação na administração, era limitada, mas os administradores, de caráter vitalício, permaneciam ilimitadamente responsáveis perante terceiros. Tal circunstância decorria exatamente do fato de que eles ainda mantinham a posição de verdadeiros “donos” do negócio desenvolvido, sem observar, necessariamente, caráter de mandatários dos acionistas.

Foi em 1621, com a fundação da Companhia das Índias Ocidentais, que a figura dos administradores foi totalmente revista, passando a constituir um cargo com duração mais curta, cuja nomeação e atuação se dava por outorga de mandato pelos acionistas²⁶.

Por via de consequência, os administradores passaram a gozar da limitação de responsabilidade, sendo proibidos de contratar com a sociedade e extinguindo-se os seus direitos reais sobre o patrimônio empregado pelos acionistas e sobre os resultados (na Companhia das Índias Orientais, os resultados eram integralmente retidos pelos administradores e os acionistas recebiam apenas os juros dos valores aplicados).

Essa foi, de fato, a primeira organização cujo perfil se aproximou ao das atuais companhias, uma vez que nenhum de seus sócios respondia ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

Percebe-se, deste modo, que a linha comum que une a limitação da responsabilidade dos sócios em diferentes períodos na evolução das organizações mercantis, é exatamente o abandono da figura dos “sócios proprietários” que exercem direitos reais sobre o patrimônio da sociedade, eclodindo a figura da chamada “sociedade personificada”, cuja raiz, segundo WARDE JUNIOR, advém do

²⁶ Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 89.

interesse de “mitigar os riscos empresariais e, diretamente, a natureza creditória do direito do sócio fornecedor de capitais sobre os resultados da empresa”²⁷.

A importância deste breve esboço histórico para o estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica reside na percepção de que, na medida em que o sócio passa a se apresentar como “proprietário” da pessoa jurídica e de seu patrimônio, utilizando-se dele como se próprio fosse ou desviando a sociedade de seus fins é que, de um modo geral, poderá ser autorizado o levantamento do véu da limitação de responsabilidade.

3.2 Autonomia da pessoa jurídica

No contexto histórico apresentado, no qual o patrimônio dos sócios era transferido para as companhias, deixando de pertencer a eles, inexistindo, no entanto, a figura formal do adquirente de tais bens, é que, como uma resposta à tal vacuidade subjetiva²⁸, surgiram as primeiras teorias da pessoa jurídica.

Tornou-se necessário, portanto, aos olhos dos juristas da época, a conceituação desta sociedade como um ente autônomo, que poderia ser objeto e sujeito de direitos, surgindo, assim, a partir do século XVIII, as diversas teorias acerca da natureza da pessoa jurídica.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, não será preciso retomar a análise das inúmeras teorias que procuraram explicar a existência e

²⁷ Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 92.

²⁸ WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 103, afirma que o esforço doutrinário para conceituar a pessoa jurídica decorreu da necessidade de “explicar uma ocorrência irrefutável desde o direito romano, i. e., a atribuição de direitos e deveres a ‘entes’ que, a exemplo das corporações, eram distintos do homem. Por isso, é correto afirmar que o conceito de pessoa jurídica surge para cumprir uma função que o precede”.

natureza da pessoa jurídica²⁹, mas é interessante, como proposto por COMPARATO e SALOMÃO FILHO³⁰, traçar um breve panorama do contexto político/econômico que influenciou o surgimento das principais teorias da pessoa jurídica.

Assim, por ocasião do desenvolvimento da teoria ficcionista de SAVIGNY, a economia procurava se alforriar definitivamente dos resquícios do regime feudal, ampliando a livre iniciativa empresarial. O Estado, nesse contexto, apresentava-se como defensor das liberdades, em oposição ao controle provincial. Era totalmente lógica, portanto, a criação de uma teoria que via a pessoa jurídica como uma criação do homem. A personalidade jurídica seria, então, artificialmente atribuída pelo legislador a seres fictícios³¹, sujeitos de relações de direito privado. Para SAVIGNY, as pessoas jurídicas seriam apenas sujeitos de direito capazes de possuir, de ter patrimônio.

Já o contexto que envolveu a formulação, por GIERKE, da teoria orgânica, ou realista, na segunda metade do século XIX, abrangia uma classe burguesa dominante, que buscava afastar a possibilidade de intervenção estatal na economia. Nessa realidade, é também bastante lógica a formulação de uma teoria que preconizasse o reconhecimento da sociedade como a soma de vontades dos indivíduos que a compõe, concluindo, nesta esteira, que tais “entes sociais” seriam sujeitos de direitos dotados de qualidades e características correspondentes às dos homens.

²⁹ A desvinculação entre o conceito ou natureza da pessoa jurídica e a desconsideração foi abordado com maestria por PIERO VERRUCOLI, na clássica obra sobre o tema, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 6/7: “Da tempo si è domandato quale rapporto intercorra tra le diverse teorie, specialmente quelle della finzione e della realtà, e il problema del lifting the corporate veil, e in particolare si è posto l’interrogativo se il ricorso a questo superamento della personalità della società vada a sostegno dell’una altra teoria. Qui, però, non interessa tale domanda”.

³⁰ O poder de controle nas S.A., 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 319 e seguintes.

³¹ Vale lembrar, aqui, que o conceito de *persona ficta* antecedeu as teorias da pessoa jurídica, tendo sido cunhado na Idade Média. Para os canonistas e glosadores, a *fictio* estava ligada à ideia de uma criação da mente humana, existente e completa, mas apenas no mundo das ideias. Sem corpo nem vontade autônoma, servindo à sociedade pela utilidade e facilidade que poderia trazer. (CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *La Persona Jurídica*. 2ª ed. Madri: Civitas, 1991, p. 264).

A existência da pessoa jurídica, para eles, não dependeria do Estado, cuja função era simplesmente a de constatar a presença daquela unidade coletiva social.

Entre estes dois extremos, dos ficcionistas e dos realistas, inúmeras outras teorias também tiveram grande relevância, mas cuja análise pormenorizada certamente foge ao escopo da presente dissertação.

MARÇAL JUSTEN FILHO reconhece que “não há como estudar teorias acerca de institutos jurídicos sem considerar o contexto em que tais teorias inseriram-se. Não será, então, possível discutir a teoria da ficção de SAVIGNY ou a teoria da realidade de GIERKE desvinculando-as do direito a partir do qual foram formuladas ou das circunstâncias sócio-econômicas e culturais em que se produziram ou da cosmovisão jurídica de seus autores”³².

Por isso é que, também para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil far-se-á imperiosa a análise do contexto político/econômico em que se insere sua aplicação atual.

3.3 Surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Na mais completa obra brasileira já escrita sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA

³² Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 31.

desenvolveu o conceito de “dupla crise” que teria se abatido sobre a pessoa jurídica, o qual foi repetido por quase a totalidade dos doutrinadores que o sucederam³³.

Segundo LAMARTINE CORRÊA, em obra escrita no final da década de 70, havia, naquele momento, duas crises envolvendo a pessoa jurídica: a primeira, denominada crise do sistema e a segunda, a crise da função.

A crise do sistema estaria relacionada à delimitação espacial e temporal das pessoas jurídicas, assim como da personalidade jurídica, ou seja, tal crise estaria inserida na própria concepção e identificação das pessoas jurídicas.

Já a denominada crise da função abarcaria a utilização abusiva e equivocada da pessoa jurídica, que passaria, conseqüentemente, por um desvio de função, culminando com a criação da teoria da desconsideração. Segundo o autor, os tribunais norte-americanos desenvolveram “uma espécie de suspensão de vigência” do princípio da separação entre pessoa jurídica e membro, nas hipóteses de utilização da sociedade na busca de finalidades contraditórias aos seus princípios básicos³⁴.

Como se sabe, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto nascido na jurisprudência do *common law*, que foi, posteriormente, “importado” pelos países de tradição romano-germânica, circunstância que, certamente, possui grande importância na aplicação por vezes equivocada de tal teoria no Brasil, como observou ALEXANDRE COUTO SILVA³⁵.

MAURICE WORMSER, um dos precursores do estudo do tema nos Estados Unidos, explicou, em seu artigo *Piercing the Veil of Corporate Entity*, escrito em 1912, que, um século antes, em 1809, já era possível perceber “*in many*

³³ A dupla crise... op.cit. p. 260.

³⁴ A dupla crise... op.cit. p. 262.

³⁵ A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 95 e seguintes.

*cases, the literal application of the notion that a corporation is only a legal entity, and nothing more, would work injustice”*³⁶.

E isso, ainda segundo WORMSER, em um período em que nem mesmo o próprio conceito de pessoa jurídica estava consolidado nos Estados Unidos, razão pela qual, como também afirmou MENEZES CORDEIRO³⁷, toda a matéria de levantamento radicava em formas vagas, que se pautavam muitas vezes apenas na boa-fé.

Foi, portanto, partindo de uma proposição ainda insipiente da denominada *disregard doctrine*, que, em 1809, no caso *Bank of United States v. Devaux*, um Juiz Federal analisou a naturalidade dos acionistas da companhia para decidir se a demanda seria de competência das cortes federais ou estaduais, uma vez que apenas litígios envolvendo cidadãos de diferentes estados poderiam ser levados às cortes federais. Apesar de não ser uma hipótese específica do que hoje conhecemos como desconsideração, foi a primeira oportunidade em que uma corte americana analisou aspectos pessoais dos acionistas para “classificar” a sociedade em si, no que hoje seria chamado de desconsideração atributiva, ou seja, atribuir à sociedade as características dos seus membros, como será melhor examinado nos capítulos seguintes.

Ao comentar inúmeros casos retirados da jurisprudência, novamente WORMSER afirmou que “outros exemplos servirão para deixar claro que os tribunais ignoram o conceito de personalidade jurídica quando utilizada como um escudo para tentativas fraudulentas de burlar credores”³⁸.

Ao final, concluiu WORMSER, após ampla análise jurisprudencial, que os tribunais deveriam utilizar a *disregard doctrine* quando a pessoa

³⁶ *Piercing the veil of corporate entity*. Columbia Law Review, Columbia, 12:496-518, 1912.

³⁷ *O Levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 109/110.

³⁸ *Piercing the Veil...* op. cit. p. 6.

jurídica for empregada para fraudar credores, em hipóteses de abuso de direito e perpetuação de crimes, afirmando que

As sucessivas decisões dos tribunais indicam a boa vontade em ajustar a *entity theory* à crescente complexidade e ao constante aumento de problemas enfrentados pelas modernas corporações privadas. A doutrina da personalidade jurídica não pode impedir o alcance da justiça³⁹.

Outro renomado caso do direito norte americano, citado por RUBENS REQUIÃO, em seu texto inaugural sobre o tema, ocorreu no ano de 1892, envolvendo a *Standard Oil Co.*, em que o poder de controle gerencial de nove grandes empresas petrolíferas concentrou-se nas mãos dos mesmos acionistas controladores do grupo, sem qualquer alteração na estrutura e na autonomia das sociedades hipoteticamente concorrentes. Nesse caso, a Suprema Corte de Ohio desconsiderou a personalidade das empresas, sob o argumento de que tal formatação societária estaria proporcionando inequívoco monopólio, em fraude à lei antitruste⁴⁰.

O caso de maior destaque, no entanto, citado pela unanimidade dos doutrinadores que tratam do tema e considerada a primeira hipótese de aplicação da teoria desconsideração de que se tem notícia no direito inglês, foi aquele denominado *Salomon Co. vs Salomon*. Nesse processo, um comerciante inglês, Sr. Salomon, formou uma sociedade com familiares e conferiu o seu estabelecimento comercial à companhia, recebendo debêntures em troca. Ocorre que, após a falência da sociedade, ele se habilitou como credor privilegiado, sendo questionada pelos demais credores a distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios. O Juiz de primeiro grau desconsiderou a personalidade jurídica da companhia, tendo sido a decisão reformada pela *House of Lords*, que decidiu que a sociedade havia sido validamente constituída e que Sr. Salomon era, de fato, seu credor privilegiado.

³⁹ *Piercing the veil...* op. cit, p. 8.

⁴⁰ Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, RT 410, 1969, p. 18.

A respeito de tal decisão é interessante apontar o comentário de VERRUCOLI, no sentido de que a grande relevância atribuída a este precedente teve influência bastante negativa sobre o desenvolvimento da *disregard doctrine* na Inglaterra⁴¹.

Como ponto comum dos exemplos fornecidos pela doutrina norte-americana, até pelas características específicas do sistema do *common law*, está a relativa vacuidão conceitual, cuja forma se exprime de modo pouco claro⁴². Por outro lado, as diferenças conceituais, nos sistemas da *common law* e da *civil law*, de institutos fundamentais para a definição da desconsideração, como o da fraude, por exemplo, também colaborou para a dificuldade na “importação” do instituto para o sistema jurídico brasileiro.

3.4 Desenvolvimento da desconsideração no direito alemão

O direito alemão foi o primeiro, dentre os países de tradição romano-germânica, a importar a desconsideração do sistema anglo-saxão, buscando adaptar a teoria para aplicá-la principalmente como meio de responsabilização dos sócios.

Como observou WARDE JUNIOR⁴³, desde as primeiras décadas do século passado, os juízes alemães foram influenciados pela *disregard doctrine* advinda dos tribunais norte-americanos.

⁴¹ VERRUCOLI, Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capital nella common law e nella civil law*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, p. 92/93.

⁴² CORDEIRO, Menezes, O Levantamento da personalidade... op. cit., p. 109.

⁴³ WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 214.

As primeiras decisões tratavam, principalmente, de hipóteses que envolviam as sociedades unipessoais, que eram equiparadas aos seus sócios, quando, em violação à boa-fé, houvesse entre eles uma diferença apenas formal. Nesses casos, a desconsideração era quase sempre fundamentada no § 242 do BGB, que determina que o devedor é obrigado a cumprir a sua prestação conforme o princípio da boa-fé.

Foi apenas a partir da segunda metade do século que se desenvolveram as primeiras doutrinas alemãs sobre o tema, que buscaram impor critérios conceituais e adaptações à teoria, a fim de ajustá-la à tradição jurídica romano-germânica.

Pode-se concluir, portanto, que em momento anterior ao desenvolvimento da doutrina da *Durchgriff*⁴⁴, na Alemanha, foi notada sensível crise na limitação da responsabilidade, particularmente em relação às sociedades unipessoais, ocasionando uma reação dos tribunais, que passaram a imputar aos sócios que agiam como donos do patrimônio social a responsabilidade por dívidas da sociedade.

A primeira manifestação doutrinária sobre o assunto, que ecoou por toda a Europa, foi a clássica obra do jurista alemão ROLF SERICK, que apresentou interessante e inovadora proposta de sistematização da desconsideração da pessoa jurídica, até então tratada de forma superficial pela doutrina e como mero instrumento de atribuição de responsabilidade aos sócios pelos tribunais⁴⁵.

O professor ANTONIO PÓLO, que escreveu o prólogo do livro de SERICK em sua edição espanhola, aduziu que “qualquer leitor assíduo das revistas jurídicas estrangeiras e nacionais perceberá o extraordinário eco e ressonância alcançados pela obra de SERICK, nos dois anos que se passaram desde a sua publicação.

⁴⁴ A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no direito alemão, é conhecida por “durchgriff der juristischen personen” ou, em tradução livre, a penetração da personalidade jurídica.

⁴⁵ SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.

Suas conclusões têm sido fartamente comentadas e discutidas, não somente em seu país de origem, mas também fora dele, inclusive na Espanha”⁴⁶.

SERICK partiu de uma análise sistemática dos julgados sobre a matéria na Alemanha, comparando-os com as aplicações da *disregard doctrine* nos Estados Unidos, para buscar o estabelecimento de critérios gerais de aplicação da *Durchgriff*.

Posteriormente classificada como teoria subjetiva da desconsideração, a proposta de sistematização desenvolvida por SERICK baseia-se no princípio da regra-exceção, ou seja, a regra geral seria a separação absoluta entre a sociedade e seus sócios e a exceção, a desconsideração.

A excepcionalidade da aplicação da desconsideração, segundo a doutrina de SERICK, baseava-se na importância da segurança jurídica e na consequente necessidade de manutenção da personalidade jurídica, criticando a adoção de critérios genéricos para a desconsideração baseados simplesmente na “boa-fé”⁴⁷.

Por outro lado, analisando a casuística germânica até então produzida, quase sempre baseada em hipóteses de fraude à lei⁴⁸ ou a um contrato⁴⁹, o autor defendeu a necessidade de se demonstrar o dolo do agente para que houvesse a responsabilização do sócio.

⁴⁶ SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad*... op cit. p. 8.

⁴⁷ Nesse sentido afirmou SERICK: “Por otra parte, en las sentencias que con razón han desestimado la forma de la persona jurídica se encuentra a faltar una firme fundamentación dogmática. Por lo general sólo están fundadas en consideraciones de equidad. Lo que de tal modo con ello se logra en el terreno de la justicia material es a costas de la seguridad jurídica” *Apariencia y realidad*... op cit. p 35.

⁴⁸ Segundo SERICK, “Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquélla, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal” *Apariencia y realidad*... op cit. p. 44.

⁴⁹ SERICK afirma que “El problema de si cabe desestimar la forma de una persona jurídica cuando por medio de la misma puede quedar burlado o lesionado un contrato, no ha sido hasta ahora planteado de esta manera ni por los tribunales ni por la doctrina” *Apariencia y realidad*... op cit. p. 59.

Trata-se, portanto, segundo SERICK, de uma sanção positiva, que, em hipóteses concretas e excepcionais, comprovando-se o dolo do agente, autorizaria a suspensão da incidência das regras acerca da personificação societária.

É na primeira parte de seu livro que SERICK apresenta as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica em razão do abuso da pessoa jurídica para fins ilícitos, exigindo, como já exposto, a fraude à lei ou ao contrato e o elemento intencional do sócio, o que caracterizaria o caráter altamente subjetivo da teoria.

Como exemplos de fraude à lei, caracterizadores da aplicação da desconsideração, o autor enumera a hipótese de, em “*derecho de seguros*”, se o sócio provocasse dolosamente o ato que ensejaria a reclamação da quantia assegurada, deveria ser rechaçada a distinção entre o sócio e a sociedade e reconhecida a fraude praticada pela própria sociedade seguradora⁵⁰.

Em relação aos contratos, SERICK afirma que se A e B assumem, em relação a C, uma obrigação de não praticar determinado ato, mas tal ato é realizado pela sociedade X, cujos sócios são exatamente A e B, seria evidente que a sociedade X foi criada com a finalidade de burlar o contrato celebrado com C, devendo, portanto, ser desconsiderada⁵¹.

Por outro lado, SERICK admitia também a aplicação da desconsideração em hipóteses decorrentes da necessidade de adequar as pessoas jurídicas a determinadas normas aplicáveis à situação concreta, sendo, neste caso, dispensável o elemento intencional do agente.

Como exemplos dos problemas de “*aplicación de la norma*” o autor cita a investigação da “nacionalidade” da pessoa jurídica em situações de

⁵⁰ SERICK, *Apariencia y realidad...* op cit. p. 45/47.

⁵¹ SERICK, *Apariencia y realidad...* op cit. p.. 59.

guerra, assim como a discussão acerca da possibilidade de uma sociedade ser titular de direitos de autor⁵².

Assim, concluiu SERICK que se deve “penetrar” a personalidade jurídica da sociedade, alcançando seu substrato pessoal, ou seja, o patrimônio de seus sócios, seja para evitar o abuso, em casos de fraude à lei ou ao contrato, seja para proporcionar a efetiva realização da finalidade de uma norma essencial.

Outra característica marcante da doutrina de SERICK, duramente criticada por seus opositores, era o seu caráter eminentemente unitarista, ou seja, as formulações gerais que permitiram a aplicação da *Durchgriff* serviriam para todas as espécies de pessoas jurídicas, desde as sociedades unipessoais e empresas familiares até as grandes corporações. Segundo CALIXTO SALOMÃO, foi desenvolvido um conceito unitarista de desconsideração, que se baseava no unitarismo da própria pessoa jurídica⁵³.

Ao final de seu livro, o autor propõe quatro postulados, dentre as quais vale a pena transcrever o primeiro deles, que traz as principais características de sua teoria:

Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona

⁵² SERICK, *Apariencia y realidad...* op cit. p. 154 e ss., cita como “*problemas concretos sobre la relación de la norma con la persona jurídica*” a questão da “*nacionalidade da pessoa jurídica*”, ou seja, se a pessoa jurídica deveria “refletir” a nacionalidade da maioria de seus membros para fins de imputação de normas, ou se deveria ser definida a nacionalidade pelo local da sede, lembrando que as “pessoas jurídicas” podem, em razão de sua nacionalidade, ser consideradas “inimigas comerciais” em tempos de guerra.

⁵³ O novo direito societário..., op cit. p. 234.

*jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros. Por tanto, sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados*⁵⁴.

São três, portanto, as características mais marcantes da teoria de SERICK. A primeira é a adoção do princípio da regra-exceção, que advém da constante preocupação do autor com a segurança jurídica e com a preservação e continuidade da pessoa jurídica. A segunda é o subjetivismo, ao exigir a clara intenção do agente da conduta lesiva. A terceira, como já ressaltado, advém do caráter unitário, pelo qual, por exemplo, uma grande associação e um restrito clube de xadrez, estariam sujeitos, exatamente, às mesmas regras gerais para desconsideração.

Considerado o principal crítico de ROLF SERICK, e da chamada teoria subjetiva da desconsideração, MULLER FREIENFELS propõe, em um simples artigo de revista, uma reconstrução crítica da disciplina da desconsideração⁵⁵.

MULLER, inicialmente, reconhece a grande importância do trabalho de SERICK, que constitui inegável contribuição científica merecedora de distinto reconhecimento, mas, em seguida, lança importantes críticas às formulações por ele desenvolvidas.

⁵⁴ SERICK, *Apariencia y realidad...* op cit. p 241/258. Além do postulado transcrito no texto, as outras três proposições asseveram que: 2) Apenas se tratando de uma norma societária de valor fundamental que não deva ser obstaculizada nem indiretamente, poderá haver o descarte da forma da pessoa jurídica para fins de aplicação das leis; 3) As normas que tratam de qualidades ou capacidades humanas também devem ser aplicadas às pessoas jurídicas, quando a finalidade da norma aplicável corresponda à esta classe de pessoas. Neste caso será possível penetrar até os homens atrás da pessoa jurídica para comprovar se ocorre a hipótese de que dependa a eficácia da norma; 4) Se a forma da pessoa jurídica na prática de um determinado ato é utilizada para ocultar o fato de que existe identidade entre pessoas que não poderiam praticar aquele ato, deverá ser descartada a forma da sociedade – tradução livre.

⁵⁵ *Zur Lehre vom sogenannten Durchriff bei juristischen Personen im Privatrecht.* Archiv fur die civilistische Praxis, Tubingen: Mohr, 1957.

Em exauriente análise comparativa acerca dos pensamentos de FREINFELS e SERICK, LAMARTINE CORRÊA observa que ambos os autores viam com cautela e receio o caminho que vinha sendo trilhado por uma casuística sem direção, que podia levar o jurista a perder-se sem rumo⁵⁶ Tal reconhecimento, no entanto, não o impediu de lançar severas objeções ao trabalho desenvolvido por SERICK.

São duas as principais censuras formuladas por MULLER à doutrina de SERICK, as quais acabaram exercendo importante influência no desenvolvimento da teoria, inclusive no Brasil.

A primeira é ao caráter unitarista da teoria de SERICK. Segundo MULLER, seria um absurdo afirmar que todas as pessoas jurídicas podem ser tratadas, em termos de desconsideração, sob os mesmos e rígidos pressupostos. Nesse sentido, MULLER FREINFELS chama a atenção para sociedades com características extremamente distintas, tais como as cooperativas, as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita por ações, para evidenciar que não se pode admitir a existência de critérios universais de desconsideração que possa abarcar todos os tipos societários.

LAMARTINE CORRÊA, a esse respeito, afirma que o “*substractum* da unidade organizatória supra-individual da pessoa jurídica pode ser extremamente diverso, de pessoa jurídica para pessoa jurídica, como mostram as enormes diferenças entre um clube de xadrez, uma cooperativa, uma sociedade anônima ou uma fundação⁵⁷”.

Nesse contexto, MULLER defende que a desconsideração não pode ser fundada ou justificada por fórmulas gerais, mas sim entendida como verdadeira questão de aplicação de normas (*norman wendungs problem*):

⁵⁶ A dupla crise... op. cit., p. 357.

⁵⁷ A dupla crise... op. cit., p. 361.

Não é uma fórmula geral que estabelece, de uma vez por todas, requisitos subjetivos ou os rejeita, que pode ajudar. Muito mais do que isso, sempre deve ser considerado o sentido e o objetivo perseguido pela lei concreta na ordem legal e econômica, quais os interesses de maior valor que se contrapõem a ela e onde se localizam os limites da proteção de interesses aspirados pelo legislador⁵⁸.

Para ele, os critérios que devem dominar a discussão sobre o tema são as ideias de ordem pública e a finalidade das normas, em substituição ao critério da regra-exceção proposto por SERICK. Ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica deve ter sempre como escopo proporcionar a plena aplicação das normas, seja de direito civil, seja de direito societário, repelindo, segundo a finalidade de cada norma, a limitação da responsabilidade.

Assim, a desconsideração deixaria de ser aplicada exclusivamente nas hipóteses de abuso da forma da pessoa jurídica ou fraude, tratadas por SERICK, mas também nos casos em que se fizesse necessária para a aplicação de normas. Como bem definiu CALIXTO SALOMÃO, na teoria de MULLER-FRIENFELS, a *disregard* não seria apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, “mas também uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação de normas que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos⁵⁹”.

A desconsideração, dessa forma, não teria um caráter rígido, sendo necessária a análise da regra jurídica aplicável, adotando-se ora soluções atinentes às normas de direitos societários, ora em aquelas propostas pelas normas de direito civil.

⁵⁸ WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 222.

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário... op. cit. p. 242.

Conclui MULLER que a análise das hipóteses de desconsideração deve levar em conta a função da norma e os interesses objetivados pelo legislador, tudo sob o ângulo da hierarquia de valores da respectiva ordem jurídica.

A teoria desenvolvida por MULLER originou o que atualmente é denominada a desconsideração atributiva da personalidade jurídica, que será pormenorizadamente analisada nos capítulos seguintes.

Observa-se, contudo, que o cenário atual da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil abarca, ao mesmo tempo, parte dos conceitos trazidos por ROLF SERICK, como, por exemplo, a questão do desvio de função da personalidade jurídica e da “fraude à lei e ao contrato”, assim como, por outro lado, o conceito atributivo, que possibilita a aplicação de certas normas, elaborado por FRINEFELS.

Outras teorias intermediárias foram desenvolvidas, mas não mereceram tanto destaque como as anteriormente citadas e, de um modo geral, acabam trazendo elementos de um e de outro pensamento⁶⁰.

⁶⁰ Dentre os teóricos que defenderam as denominadas teorias mistas, que agregaram traços da teoria subjetiva e unitaristas e traços da teoria objetiva, destaca-se ECKARD REHBINDER, que se opõe à SERICK e ao esquema de regra-exceção, mas se contrapõe à MULLER, pois vê a pessoa jurídica como um ser institucionalizado, reconhecendo o seu valor próprio. Para ele, apesar do caráter institucional da pessoa jurídica, ela pode ser relativizada através de sua subordinação aos princípios e normas jurídicas superiores que regulam todo o sistema. Busca, portanto, a finalidade da ordem jurídica, sendo que quando contrariar tal finalidade, a pessoa jurídica deve ser desconsiderada. Também nesta linha intermediária se posicionou OTTMAR KUHN. (cf. CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise... op. cit). Vale citar também a chamada teoria da responsabilidade orgânica (*Organhaftung*) defendida por WERNER FLUME e JAN WILHELM, segundo a qual haveria uma tendência para a extinção da *Durchgriff*. Ela decorre do conceito de que a pessoa jurídica e seus membros não são sujeitos de direito distintos, mas formam um “todo ideal”. Assim, a responsabilidade “direta” dos sócios seria advinda de seu dever de cuidado, como membros-órgãos da sociedade, no exercício de seus direitos de direção e coordenação (cf. WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit. p. 224).

4. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil

4.1 A recepção da teoria subjetiva e o pioneiro estudo de RUBENS REQUIÃO

RUBENS REQUIÃO foi o primeiro doutrinador brasileiro⁶¹ a tratar da desconsideração da personalidade jurídica, em uma palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, publicada na Revista dos Tribunais em 1969, em artigo denominado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”.

Expressamente influenciado pelas lições de ROLF SERICK e PIERO VERRUCOLI, de caráter eminentemente subjetivistas, REQUIÃO identifica, ainda que sem nomear desta forma, uma “crise da função⁶²” da pessoa jurídica, expressão posteriormente cunhada por LAMARTINE CORRÊA.

Segundo ele, “todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo de fraude”, lembrando um caso concreto de uma representação dirigida a uma autoridade estadual contra a participação, em um procedimento licitatório, de sociedade constituída pela esposa de um funcionário da mesma repartição, que foi rejeitada sob o argumento de que a sociedade era formalmente distinta dos membros que a compunham.

⁶¹ A precursoriedade do tratamento do tema no Brasil foi ressaltada pelo próprio autor: “Não temos lembranças, em nossas constantes peregrinações pelas páginas do direito comercial pátrio, de haver encontrado doutrina nacional ou estudos sobre o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica, o que nos daria, se correta nossa impressão, o júbilo de apresentá-la pela primeira vez em sua formulação sistemática, aos colegas e aos juristas nacionais” (Abuso de direito...op. cit. p. 13).

⁶² Aduziu RUBENS REQUIÃO que “Essa orientação da lei civil italiana importa na revelação da decadência do conceito de personalidade jurídica, no campo das sociedades comerciais, pelo menos. Mas, convém explicar, no que se refere à ‘disregard doctrine’, que contribui ela para por ainda mais a nu a crise no conceito normativo da pessoa jurídica, embora tivesse advertido o Prof. SERICK que não era esse o objetivo de seu trabalho.” (Abuso de direito...op. cit. p. 17).

Nesta época ainda vigia, perante toda a doutrina, a adoção radical do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Nesse sentido, afirmou RUBENS REQUIÃO que “estávamos condicionados pela lição corrente de que o direito da personalidade jurídica é absoluto, não se podendo superar a distinção entre ela e seus componentes, nem negar a sua autonomia patrimonial”⁶³.

Assim, a “descoberta” de uma teoria que permitia decretar-se pontualmente a ineficácia da limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, sem anular a própria sociedade, deixara maravilhado⁶⁴ o festejado professor, que adotou integralmente os pressupostos e hipóteses de desconsideração alinhados pelo alemão ROLF SERICK.

Firme na adoção da teoria ficcionista da natureza da pessoa jurídica, REQUIÃO afirma que a limitação de responsabilidade é uma consequência da “concessão” de personalidade jurídica às sociedades. Observa, contudo, que, especificamente no Brasil, a separação entre os sócios e a sociedade passou a se tornar absoluta, ou ainda “impenetrável”, o que viria a ser negado pela doutrina da desconsideração.

Nesse contexto, para REQUIÃO, a base primeira da teoria da desconsideração da personalidade jurídica seria o abuso de direito, o qual não poderia ser confundido com o ato ilícito ou com o fraudulento⁶⁵.

⁶³ Abuso de direito... op cit. p. 12.

⁶⁴ Nesse sentido, afirmou REQUIÃO (Abuso de direito... op cit. p. 13): “Ora, imagine-se a satisfação que nos dominou quando nos deparamos, na Itália, com monografia recentemente vinda a lume, de autoria do Prof. Piero Verrucoli, da Uniersidade de Piza, sob o excitante título *‘Il Superamento dela Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella ‘Common Law’*. Pouco mais tarde, por feliz coincidência, recebíamos do exterior uma outra obra, de título não menos significativo: *‘Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles – El Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica’*, que mais acentuou o nosso fascínio pelo curioso tema”.

⁶⁵ Para ilustrar tal diferenciação, REQUIÃO traz à lume a conceituação de Pedro Batista Martins: “O titular de um direito que, entre vários meios de realizá-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

É curioso observar, e tal questão será explorada no capítulo específico, que o Prof. REQUIÃO utiliza-se exatamente de uma hipótese que seria enquadrada como desconsideração *inversa* da personalidade jurídica para exemplificar uma questão paradigmática que teria despertado seu interesse pelo tema:

Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens, [...] ficando impune às investidas judiciais de seus credores⁶⁶.

Ao final de seu pioneiro trabalho, REQUIÃO procurou extrair da jurisprudência brasileira, hipóteses em que os julgadores, “seguindo um eticismo próprio”⁶⁷, mas sem conhecimento específico da doutrina do *disregard*, teriam dado início à edificação da teoria no Brasil.

Mais uma vez, o ilustre jurista elegeu uma hipótese de desconsideração *inversa* para ilustrar os casos em que os julgadores teriam “intuído” a doutrina que estava surgindo na Europa. No processo citado, foram penhorados bens formalmente pertencentes ao Hospital Coração de Jesus S/A, mas que, de fato, eram de propriedade do executado e principal acionista da sociedade. O Tribunal, então, reconheceu a “completa confusão do patrimônio da pessoa física do executado com o do embargante (hospital)”, aduzindo, ainda, que “a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é

abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas”. (Abuso de direito... op cit. p. 16).

⁶⁶ Abuso de direito... op cit. p. 21.

⁶⁷ Abuso de direito... op cit. p. 21.

a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito”. (RT, vol. 238/394)⁶⁸. Seria clara a ocorrência, para REQUIÃO, de uma hipótese de abuso de direito do acionista e mau uso da personalidade jurídica.

Outro exemplo suscitado por REQUIÃO está especialmente ligado ao objeto do presente trabalho, uma vez que tratava da venda de bens do genitor aos filhos, por meio da utilização de uma pessoa jurídica, em violação ao então vigente artigo 1.132 do Código Civil, que proibía a alienação de bens aos filhos sem a anuência dos demais descendentes. Nesta hipótese, o genitor constituiu sociedade com alguns dos filhos, transmitindo bens imóveis à companhia, contra a qual não se aplicaria a regra do artigo 1.132 do Código Civil de 1.916, ou seja, dispensando-se a anuência dos descendentes não envolvidos no negócio. Em sua defesa, o genitor alegou que a sociedade não se confundia com seus sócios e que, portanto, não teria havido ofensa ao preceito proibitivo da lei civil. A sentença de primeiro grau teria, então, considerado nulas as referidas vendas, sob o argumento de que a pessoa jurídica teria sido utilizada em abuso de direito e fraude à lei. O Tribunal, no entanto, reformou a sentença, reconhecendo a legitimidade da alienação feita à sociedade⁶⁹.

Em suas conclusões, RUBENS REQUIÃO retoma a ideia de que a desconsideração deve ser aplicada com cautela, para que não se torne “instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados”⁷⁰.

Percebe-se, portanto, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida no direito pátrio com uma roupagem subjetivista, unitarista e nas hipóteses de fraude e abuso de direito.

⁶⁸ Abuso de direito... op cit. p. 22.

⁶⁹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação n. 104.001. RT 316/165.

⁷⁰ Abuso de direito... op cit. p. 22.

A recepção de tal teoria pelo direito brasileiro, entretanto, não foi isenta de críticas, algumas fervorosas e emanadas de respeitadíssimos juristas, como, por exemplo, PONTES DE MIRANDA, que afirmou:

O desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o ‘*disregard of Legal Entity*’, provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vezes, a ‘pessoa’ jurídica privada, prepara o caminho para negar a ‘pessoa’ do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam de lados opostos, as mesmas picaretas. Destrói-se ou tenta destruir-se todo o conceito de vontade social, todo o elemento democrático das sociedades privadas e públicas; nega-se o próprio sentido da liberdade de determinação de vontade dos sócios; chega-se a admitir a venda do voto dos acionistas, pelo empenho do seu interesse em cumpri-lo e pela desvirtuação da democracia, com o dinheiro, na própria formação das assembleias estatais⁷¹.

4.2 O desenvolvimento da teoria objetiva e o estudo de FABIO KONDER COMPARATO

O professor FABIO KONDER COMPARATO, em seu livro *O Poder de controle nas Sociedades Anônimas*, foi o segundo jurista brasileiro a se debruçar sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e, com maior profundidade do que seu antecessor, manifestou-se acerca das críticas lançadas por PONTES DE MIRANDA, aduzindo: “Veja-se, por exemplo, a objurgatória destemperada de

⁷¹ PONTES DE MIRANDA. F. C., Tratado de direito privado, v. 50. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 303.

Pontes de Miranda”. “O mínimo que se pode dizer é que faltou ao grande jurisconsulto, nesse mistifório apaixonado, a prudência elementar do cultor do direito”⁷².

COMPARATO estudou a relação entre a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e o poder de controle. Nesse sentido, o autor afirma que a desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário, que seria o “elemento fundamental” da teoria.

Ressaltando sua posição antiunitarista e objetivista, COMPARATO critica a “larga corrente teórica” que procura justificar o afastamento da personalidade com as noções de “abuso do direito” e de “fraude à lei”, pois tal linha deixaria de lado os casos em que a desconsideração ocorreria em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude⁷³.

Para o autor, a pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais e o verdadeiro critério para desconsideração estaria intimamente ligado à interpretação funcional do instituto.

Nesse contexto, COMPARATO identifica a possibilidade de desconsideração quando a sociedade não respeitar pressupostos substanciais e formais, o que, a nosso ver, confunde-se com a própria atribuição da personalidade jurídica à sociedade e não com a sua desconsideração. Ou seja, a ausência de registro ou da pluralidade de sócios não ensejaria sequer a formação da personalidade jurídica, não havendo que se falar em desconsideração.

A função, portanto, da “personalização de coletividades” seria a criação de um centro de interesses autônomo e a desconsideração seria trazida à

⁷² O poder de controle nas S.A., op. cit. 1975, p. 284, nota 54.

⁷³ COMPARATO se utiliza, para exemplificar a desconsideração “em benefício do controlador”, do direito de retomada de imóvel locado pela sociedade da qual o proprietário do imóvel é o controlador, que ensejou a aprovação da Súmula 486 do STF: “Admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social”. O poder de controle nas S.A., 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 470/471.

lume como uma consequência do desvio dessa função, e que resultaria, quase sempre, em abusos ou fraudes, mas que, por outro lado, sequer poderia constituir um ato ilícito.

Desta forma, apesar de criticar o posicionamento de RUBENS REQUIÃO (que, por sua vez, baseava-se em ROLF SERICK e PIERO VERUCCOLLI), COMPARATO admite que na maioria dos casos, tratar-se-ia de hipóteses de fraude ou abuso de direito.

Por fim, o Professor COMPARATO traz a confusão patrimonial, principalmente nos grupos societários, como elemento primordial para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*⁷⁴.

Necessário ressaltar que o conceito objetivo de confusão patrimonial trazido por COMPARATO solidificou-se, como será adiante aduzido, como um dos pressupostos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive em matéria de direito de família.

O autor faz, ainda, observação que também permanece bastante atual, ao aduzir que:

a teoria tem se ressentido de um grande casuísmo, verdadeiramente insatisfatório para um sistema jurídico do tipo romano germânico, sem dúvida porque se trata, em sua maior parte, de uma criação jurisprudencial, na linha de influência do *equity* e da sua preocupação com a justiça do caso concreto, tornando o juiz um autêntico criador do direito⁷⁵.

⁷⁴ Afirma o autor, nesse sentido, que “A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se facilmente que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial” *O poder de controle nas S.A.*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 355.

⁷⁵ *O poder de controle nas S.A.*, op. cit. 1975, p. 294/295.

Esse é um dos principais argumentos até hoje sustentados por aqueles que são contrários à aplicação de tal teoria em nosso sistema, julgando ser inadequada a *importação* de uma figura criada a partir da jurisprudência da *common law*, para um sistema de tradição romano-germânica, com ampla tradição de sistematização e codificação e que já possuía princípios, cláusulas gerais e institutos próprios aptos a resolver a maioria das hipóteses em que é aplicada a desconsideração.

A mesma ressalva é feita, pontualmente, por, RACHEL SZTAJN⁷⁶:

Muitas vezes não se trata de desconsiderar a personalidade jurídica, basta aplicar as normas já previstas no sistema e, eventualmente, para enfatizar a tutela dos terceiros, consumidores ou não, estabelecer a solidariedade de sócios e/ou administradores da sociedade por danos causados e não compostos por ela. O remédio da desconsideração deveria ser de aplicação restrita para quando não se pudesse resolver a questão de forma justa, equitativa, usando outras medidas.

4.3. A crise da função da pessoa jurídica sob a ótica de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA

De todas as obras brasileiras sobre o tema, foi “A dupla crise da pessoa jurídica” de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, aquela que analisou, de maneira mais abrangente, todas as linhas doutrinárias, principalmente da Alemanha, sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

⁷⁶ SZTAJN, Rachel; Desconsideração da personalidade jurídica; Revista de Direito do Consumidor; n 2, São Paulo: RT, 1992, p 67.

Sem se aprofundar no estudo da natureza da pessoa jurídica, objeto de seu trabalho anterior, denominado “Conceito da pessoa jurídica”, LAMARTINE CORRÊA adota uma visão institucionalizada da sociedade, aproximando-se dos conceitos formulados por HARIOU. Nesse sentido, o reconhecimento estatal da personalidade jurídica não seria constitutivo, mas sim de mera constatação. A pessoa jurídica, portanto, poderia ser considerada como uma realidade análoga ao ser humano.

Após a adoção de tais premissas o autor faz uma análise descritiva de todas as formas de pessoas jurídicas do Direito Privado germânico, ressaltando a existência de “agrupamentos humanos não dotados de personalidade” e das inevitáveis dúvidas daí advindas. Em seguida, é realizada análise comparativa dos sistemas existentes nos principais centros europeus (França, Itália, Portugal, Suíça), identificando modelos maximalistas e minimalistas no que se refere à facilidade do reconhecimento da personalidade jurídica.

Diante de tais pressupostos, LAMARTINE CORRÊA elege o sistema alemão (maximalista) para analisar o que denominou de crise do sistema, a qual, ao lado do que chamou de crise da função, constitui o escopo de sua superlativa obra.

A primeira crise, do sistema, refere-se à própria noção daquilo que seria ou não dotado de personalidade jurídica. Segundo ele, o sistema da pessoa jurídica vigente não seria suficiente para albergar todos os “tipos de pessoas jurídicas” impostos pela realidade, dentre os quais ele cita as associações irregulares e a pessoa jurídica em formação.

A segunda crise, e a mais importante para o presente trabalho, é a crise da função da pessoa jurídica, denominada por WARDE JUNIOR⁷⁷ como uma crise da “limitação da responsabilidade”, o que parece, como já se afirmou, o enfoque mais acertado acerca do tema.

⁷⁷ WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios... op cit.

Acerca dessa questão, afirmou LAMARTINE CORRÊA que a “responsabilidade limitada não é decorrência inevitável da personalidade jurídica”, mas, por outro lado, estabelece que:

[...] a chamada limitação de responsabilidade é apenas (por ser, em verdade, a total exclusão de outros responsáveis que não a pessoa jurídica) a expressão máxima do princípio da separação (*Trennungsprinzip*) entre pessoa jurídica e pessoas-membros, expressão da noção de pessoa jurídica levada às últimas exigências de coerência lógica.⁷⁸

A referida crise da função, segundo o autor, seria um problema comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigorasse o princípio da separação entre pessoa jurídica e sócio, nas hipóteses em que são buscadas finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico, ou seja, aquelas imorais ou antijurídicas.

A noção de função da pessoa jurídica, já abordada por COMPARATO, é apresentada por LAMARTINE CORRÊA com maior detalhamento e profundidade e acaba se tornando, no sistema brasileiro atual, um dos importantes requisitos para a efetivação da desconsideração.

Com efeito, admitindo-se que a pessoa jurídica, em meados do século XIX, foi criada como meio de justificar uma limitação de responsabilidade que lhe antecedeu, e cujos fins eram genuinamente econômicos, ou seja, visavam possibilitar o incremento das atividades comerciais, mitigando os riscos e comportando a entrada de investimentos externos de terceiros que não possuem participação direta na atividade empresarial, nada mais lógico que as principais funções da pessoa jurídica fossem de ordem econômica.

⁷⁸ A dupla crise... op.cit. p. 261.

Nesse sentido, conforme apresenta LAMARTINE CORRÊA nas conclusões de sua obra, a primeira função da pessoa jurídica seria “tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano”, a qual se liga intrinsecamente à segunda, a “limitação de riscos empresariais”⁷⁹.

É exatamente a função de limitação de riscos, materializada pela limitação de responsabilidade, aquela que mais frequentemente sofre desvios e enseja a aplicação da *disregard doctrine*.

Por fim, as duas últimas funções da pessoa jurídica seriam a de agrupar os indivíduos para fins religiosos, políticos e educacionais, assim como para vincular determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes, que seriam materializados nas igrejas, partidos políticos, universidades e fundações, respectivamente.

Os tipos societários que ocupam o centro da chamada crise de função seriam aqueles que proporcionam a limitação de responsabilidade de seus sócios, ou seja, principalmente as sociedades anônimas e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

A respeito das hipóteses e pressupostos para a aplicação do instituto, defende LAMARTINE CORRÊA que a desconsideração deveria ficar restrita aos casos de responsabilização patrimonial dos sócios, descartando, portanto, a chamada desconsideração atributiva, ou seja, para fins de aplicação das normas.

Nesse sentido, afirma o autor que “fora do quadro de imputação de responsabilidade, já vimos, em matéria de aplicação de normas, que a

⁷⁹ A dupla crise... op.cit. p. 608.

solução a nosso ver, será encontrável na análise da função das normas e na finalidade do negócio jurídico, *in concreto*”⁸⁰.

E conclui:

Não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato. Quando se aplique a noção de imputação, a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primariamente responsável⁸¹.

Especificamente sobre essa conclusão, com pontual acuidade, CALIXTO SALOMÃO FILHO⁸² observa que LAMARTINE CORRÊA acaba admitindo que mesmo nas hipóteses de responsabilização patrimonial, os problemas verificados frequentemente envolveriam questões atinentes à imputação de normas.

É importante ressaltar, por fim, acerca da obra de LAMARTINE CORRÊA, sua valiosíssima contribuição à doutrina brasileira acerca da matéria, pois traz à tona, em abrangente análise comparativa, praticamente todas as teorias envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, com especial ênfase ao sistema alemão, que foi o berço de tal teoria no direito romano-germânico.

⁸⁰ A dupla crise... op.cit. p. 610.

⁸¹ A dupla crise... op.cit. p. 610.

⁸² O novo direito... op.cit. p. 254/255.

5. Desconsideração da personalidade jurídica na experiência jurídica brasileira

Já sob a vigência do Código Comercial de 1950, vigorava um regime de subsidiariedade para constrição de bens da sociedade e do sócio, em casos de execução de dívida contraída pela pessoa jurídica⁸³.

O Código Civil de 1916, por sua vez, em seu artigo 20, trouxe expressa disposição acerca da plena autonomia e segregação patrimonial entre a sociedade e seus sócios, com o seguinte teor: “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Neste período, como já descrito nos capítulos anteriores, foi imposta a absoluta autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos seus sócios, “não se podendo superar a distinção entre ela e seus componentes”⁸⁴.

A incursão nos bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade somente era prevista em situações específicas nas quais havia responsabilização solidária ou pessoais dos sócios ou administradores, em razão de má gestão ou, ainda, pela hipossuficiência das partes envolvidas, como preveem, respectivamente, o Código Tributário Nacional (art. 134 e 135) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (art. 2^a, § 2º).

Tais regras de exceção, que não se enquadram nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, como se abordará nos capítulos seguintes, eram também albergadas pelo Código de Processo Civil, que, em seu artigo 596, estabelecia que os bens particulares dos sócios não poderiam responder por dívidas da sociedade, salvo nos casos previstos em lei.

⁸³ Código Comercial de 1850: “Art. 350. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívida da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais.”

⁸⁴ REQUIÃO, Rubens, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, RT 410, 1969, p. 12.

Com o desenvolvimento dos estudos acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, a partir dos anos 70, com as obras de REQUIÃO, COMPARATO e LAMARTINE CORRÊA, fervilharam as discussões acerca das teorias e pressupostos para desconsideração.

Até então, as decisões jurisprudenciais baseavam-se nos critérios de fraude e abuso de direito, em uma verdadeira mistura das chamadas teorias objetiva e subjetiva da desconsideração.

Foi apenas na década de 90 que o legislador houve por bem positivar a teoria da desconsideração, incluindo uma hipótese de sua aplicação no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que recebeu a seguinte redação:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Infelizmente, em sentido contrário aos inegáveis avanços que a referida codificação consumerista representou, em matéria de desconsideração da personalidade jurídica, essa primeira positivação brasileira contrastou frontalmente com todos os critérios e pressupostos já consolidados na doutrina e jurisprudência.

Ora, a inclusão das hipóteses de “fato ou ato ilícito”, “falência”, “estado de insolvência”, “encerramento” ou “inatividade” da sociedade, para fins de desconsideração, não encontrava, e ainda não encontra, eco em qualquer construção teórica, parecendo representar um ato de exacerbada protetividade ao consumidor, com inequívoco prejuízo ao regime das sociedades de capital.

Tal microssistema de desconconsideração foi denominado pela doutrina como teoria menor, em contraste com a teoria maior, que é aquela designada no presente trabalho como desconconsideração para fins de responsabilidade.

A teoria menor, conforme definido por FABIO ULHÔA COELHO, é menos elaborada e condiciona o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação do crédito do terceiro perante a sociedade, ou seja, o inadimplemento ou a insolvência seriam suficientes para a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica⁸⁵.

É evidente o equívoco teórico da chamada teoria menor. Admitir-se que o simples prejuízo do credor é o bastante para afastar a autonomia patrimonial da sociedade faz cair por terra o próprio conceito de limitação da responsabilidade. E isso porque a eficácia de tal limitação somente pode ser percebida nas hipóteses em que houver inadimplemento e, conseqüentemente, prejuízos a terceiros.

Em um contexto de adimplemento de todas as obrigações sociais, a limitação da responsabilidade da sociedade permanece sendo apenas uma segurança teórica. É apenas com o efetivo prejuízo de terceiros que a “limitação dos riscos” é materializada aos membros da sociedade.

Pode-se dizer, portanto, que a chamada “teoria menor” chega a negar a própria eficácia da limitação de responsabilidade das pessoas jurídicas⁸⁶,

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. v. 2, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

⁸⁶ Interessante notar que FABIO ULHÔA COELHO, considerado o criador de tal critério de divisão (teoria maior e teoria menor), em seu Curso de Direito Comercial (direito de empresa (sociedades), 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70) explica que o termo “teoria menor”, quando foi cunhado, em 1999, época em que “era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconconsideração”, era por ele considerada a “aplicação incorreta” da teoria, concluindo que “a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de ‘maior’ e ‘menor’ mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados”. Alguns anos antes, em 2005, o mesmo autor, em artigo intitulado “As teorias da desconconsideração” (*in* Desconconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária, TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260 e seguintes), no qual reconhece ser o criador de tal formulação teórica, afirma que a teoria menor “deve ser vista como o questionamento” do próprio instituto da pessoa jurídica. Ao contrário, no

a qual, como já se aduziu, é a principal razão para a existência das sociedades de responsabilidade limitada.

Por outro lado, a chamada “teoria maior” corresponde exatamente àquela que denominamos “desconsideração para fins de responsabilidade”, exigindo a demonstração dos pressupostos clássicos da desconsideração, como o desvio de finalidade, abuso da pessoa jurídica ou fraude (em sentido amplo) para que seja possível suspender a eficácia da limitação de responsabilidade.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

Em oposição, portanto, à velha regra *societas distat a singulis*, uma nova concepção foi construída. De fato, a desconsideração da pessoa jurídica consiste em que, nas circunstâncias previstas, o juiz deixa de aplicar a mencionada regra tradicional da separação entre a sociedade e seus sócios, segundo a qual é a pessoa jurídica que responde pelos danos e os sócios nada respondem⁸⁷.

No mesmo sentido, FÁBIO ULHÔA COELHO afirma que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em sua teoria maior, seria aquela 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 fraude⁸⁸.

entanto, do que afirmaria posteriormente, o autor aduz que “cabe, porém, falar em formulação menor, e não em desconhecimento dos exatos pressupostos da teoria da desconsideração, por uma questão de método. Em outros termos, não seria propositado, apenas dizer que os juízes brasileiros, em momentos de descuido, não se dedicaram ao prévio e suficiente estudo da matéria e passaram a fazer apressado e inadequado uso da expressão ‘desconsideração’”. Conclui, em seguida, que não se trata de um equívoco [a aplicação da teoria menor] mas sim do fato de que “alguns juízes brasileiros se entendem autorizados a desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tendo por pressuposto unicamente a frustração do credor”.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 334.

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. v. 2, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 20

Já no ano de 1994, foi promulgada a chamada Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), que, em seu artigo 18, trouxe mais uma hipótese de aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A primeira parte do referido dispositivo legal encontra-se em razoável consonância com os preceitos doutrinário da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, tratando especificamente de infrações à ordem econômica.

A segunda parte, no entanto, em aparente reprodução da equivocada proposta consumerista da desconsideração, estendeu as hipóteses da aplicação da teoria para os casos de “falência”, “estado de insolvência”, “encerramento” ou “inatividade”. Assim, também em relação à positivação da teoria na Lei Antitruste, são válidas todas as críticas formuladas para o Código de Defesa do Consumidor.

Em 1998, a teoria da desconsideração foi também inserida na legislação referente aos crimes e infrações ambientais, por meio da Lei 9.605/98, que dispôs, em seu artigo 4º, que:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Uma vez mais, a aplicação da desconsideração foi positivada no ordenamento jurídico pátrio tendo como pressuposto de aplicação, simplesmente, a própria existência da limitação de responsabilidade.

Para MARCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, tais preceitos legais não podem ser considerados como hipóteses de aplicação da teoria da desconsideração:

[...] são hipóteses de responsabilidade civil especial por ato ilícito diretamente atribuível aos gestores e controladores da pessoa jurídica, sem que se possa entender a razão pela qual tais normas são tratadas no contexto da superação da personalidade jurídica da sociedade, ainda mais diante do singelo argumento de que o simples obstáculo da separação patrimonial decorrente da personificação societária é razão insuficiente à sua equiparação genérica ao regime do ato ilícito decorrente da teoria da desconsideração⁸⁹.

Ora, se os sócios responderão pelas dívidas da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos”, sem a necessidade de demonstração de desvio de finalidade, abuso, fraude ou qualquer outro comportamento antijurídico, é possível afirmar que, nessas hipóteses, em matéria de infrações ambientais, a limitação de responsabilidade das sociedades personificadas não terá qualquer efeito prático.

Pode-se argumentar, por outro lado, que sendo o bem da vida tutelado a própria natureza, o perfil adotado em tal hipótese de desconsideração

⁸⁹ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 30.

estaria em consonância com outras teorias protetivas ao meio ambiente, na área de responsabilidade civil, como, por exemplo, a teoria do risco integral⁹⁰.

Finalmente, com a promulgação do Código Civil de 2002⁹¹, foi inserida em nosso ordenamento jurídico previsão expressa e genérica para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica:

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.

A simples leitura do dispositivo legal supra transcrito permite perceber que sua redação está muito próxima dos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias, que se baseiam, principalmente, nos critérios estabelecidos por ROLF SERICK, mas sob um viés de maior objetividade e antiunitarismo.

⁹⁰ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY (Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81) afirma que “outro exemplo sempre lembrado do risco integral é o sistema de responsabilização por danos ao meio ambiente, tal como se prevê na Lei n. 6.938/81, que fixou a política nacional do meio ambiente, ou conforme, antes e acima dela, a própria previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Ideia básica, como a que anima as previsões anteriores, é a de socialização dos riscos, por danos que são verdadeiramente coletivos, pelo que, à respectiva responsabilização, basta a demonstração do nexo de causalidade entre o dano ecológico e o fato poluidor, que se possa imputar a um agente poluidor”. No mesmo sentido, JOSÉ FERNANDO SIMÃO (Responsabilidade civil do incapaz, São Paulo: Atlas, 2008, p. 70), assevera que “excepcionalmente, a teoria do risco integral é utilizada para casos de danos ambientais e nucleares, e, neste aspecto, a lei de responsabilidade civil das usinas nucleares não foi recepcionada pela Constituição Federal”.

⁹¹ A primeira proposta de redação do artigo 50 do Código Civil não refletia os princípios que orientaram o surgimento da *disregard doctrine*, prevendo, em caso de desvio dos fins estabelecidos no ato constitutivo da sociedade, ou se esta servisse de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, poderia ser decretada a “exclusão do sócio responsável ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da sociedade”. Referida redação, por possibilitar a dissolução da sociedade e não a simples ineficácia do ato abusivo ou fraudulento, foi duramente criticada por outros juristas, tendo sido posteriormente alterada para redação atual do dispositivo incluído no projeto aprovado.

Com efeito, o artigo 50 do Código Civil permite que os efeitos de relações obrigacionais da sociedade sejam estendidos aos bens particulares dos sócios ou administradores em caso de abuso da personalidade jurídica, que pode ser caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, elementos que serão adiante analisados.

Não há dúvidas de que a redação do artigo 50 do Código Civil aproximou a desconsideração aplicada no Brasil dos pressupostos clássicos discutidos na doutrina, afastando-se das positivamente anteriores que comprometiam o próprio conceito de limitação de responsabilidade.

Pondera, a esse respeito, CALIXTO SALOMÃO, que a definição de desconsideração da personalidade jurídica inserida no Código Civil “contribui para colocar a questão da desconsideração em moldes teóricos mais corretos”, observando, ainda, que, aparentemente, houve a recepção conjunta das teorias unitária e pluralista⁹².

⁹² O novo direito... op cit. p. 258.

6. Hipóteses e pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica e os dispositivos legais equivocadamente equiparados à aplicação da teoria

Como abordado anteriormente, após o trabalho inicial de RUBENS REQUIÃO, de perfil claramente unitarista, a doutrina brasileira, de modo geral, adotou posicionamento antiunitarista, na medida em que as diferenças entre os diversos tipos societários possuem fulcral importância para a aplicação da desconsideração.

Acerca dos requisitos para utilização da teoria, a doutrina brasileira houve por bem abarcar tanto as hipóteses de desconsideração para fins de atribuição de responsabilidade, como também para a aplicação de normas, não obstante alguns autores entendam que, na segunda hipótese, far-se-ia também necessária a comprovação do desvio de função da pessoa jurídica.

São duas, portanto, as principais hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil: *a)* desconsideração atributiva, cabível nas hipóteses em que se busca a aplicação de certas normas conforme o objetivo almejado pelo legislador; e *b)* desconsideração para fins de responsabilidade, que é a espécie positivada pelo artigo 50 do Código Civil, que se refere aos casos de utilização da sociedade de modo abusivo ou com desvio de função.

Além das duas categorias supracitadas, há que se mencionar a chamada desconsideração legal, que reúne hipóteses equivocadamente equiparadas à desconsideração da personalidade jurídica, sendo certo que, na verdade, tratam de casos específicos de responsabilização solidária de terceiros, em virtude de expressa disposição legal e que não preenchem os requisitos inafastáveis para a aplicação do instituto.

6.1. Atribuição de responsabilidade solidária x teoria da desconsideração

É frequente a classificação, como verdadeiras hipóteses de desconsideração, de casos em que, por expressa disposição legal, sócios, administradores, ou outras sociedades pertencentes a um mesmo grupo empresarial são solidariamente responsabilizadas pelo cumprimento de obrigações originalmente atribuídas à sociedade.

LAMARTINE CORRÊA já vislumbrava situações em que a mera imputação legal de ato, ou seja, a atribuição de responsabilidade direta, legal e solidária a sócios ou administradores, por obrigações da pessoa jurídica, não poderiam configurar, verdadeiramente, hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica⁹³.

Ora, se a desconsideração deve ser entendida como uma pontual declaração de ineficácia da limitação de responsabilidade ou da separação patrimonial entre pessoa jurídica e pessoa física, não há que se falar em desconsideração nos casos em que a própria lei já excepciona tal limitação/separação.

Assim, muitas hipóteses apontadas pela doutrina como sendo de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não nos parece, na realidade, se adequarem aos pressupostos da teoria.

Em trabalho específico acerca da aplicação equivocada da desconsideração aos administradores das sociedades, LEONARDO TOLEDO DA SILVA afirmou, com propriedade, que há “incompatibilidade entre os pressupostos da

⁹³ A Dupla Crise...op. cit. p. 520: “por isso mesmo, não tem sentido em Direito brasileiro, enxergar em dispositivos como o do art. 134, VII, do Código Tributário (que responsabiliza, verificados determinados pressupostos, os sócios pela obrigações tributárias da sociedade) indícios que revelem a presença entre nós das teses de desconsideração. Tal dispositivo significa apenas que, em determinadas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívida alheia – no caso, da sociedade. Não envolve qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro”.

desconsideração da personalidade jurídica e os pressupostos tradicionais de responsabilização dos administradores”. Nesse sentido, segundo o autor, o art. 50 do Código Civil teria utilizado, de forma inadequada, o instituto da desconsideração para imputar responsabilidade aos administradores das sociedades⁹⁴.

Outro exemplo que é classicamente citado como sendo de desconsideração da personalidade jurídica são as regras constantes nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, que tratam da responsabilidade solidária de terceiros em relação aos devedores tributários originais.

O artigo 134 regula, além da solidariedade entre sócio e sociedade, aquela existente entre pais e filhos, tutores e tutelados (e curadores e curatelados), administradores de bens pelos tributos devidos por estes, inventariante e espólio, síndico e massa falida. Completamente distante, portanto, do contexto teórico e dos pressupostos que envolvem a desconsideração.

O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no artigo 135 do Código Tributário, que prevê regime próprio de responsabilização, embora baseado em atos praticados com “excesso de poder ou infração de lei”, para todos aqueles corresponsáveis citados no artigo 134.

Com efeito, os mencionados dispositivos não abordam qualquer regra de desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas hipóteses de deslocamento da responsabilidade tributária para aquele que agiu em desconformidade à lei ou em desacordo com poderes a ele atribuídos.

HELENO TAVEIRA TÔRRES, analisando o artigo 135 do Código Tributário Nacional, afirma que tal dispositivo atribui aos lesados o direito de:

⁹⁴ Análise crítica do art. 50 do Código Civil: desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador, Dissertação de Mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 9.

[...] agirem regressivamente contra aqueles que lhe causaram danos com a constituição de obrigações tributárias decorrentes de ‘atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos’, cabendo, aos que alegarem tais atos, a devida prova em juízo. Nada tem que ver com ‘desconsideração da personalidade jurídica’⁹⁵.

Percebe-se, portanto, que nas hipóteses constantes dos artigos 134 e 135 do CTN não se exige a comprovação do desvio de função da personalidade jurídica, pressuposto necessário para a aplicação da desconsideração.

Tal entendimento deve ser também estendido aos dispositivos constantes da Consolidação das Leis Trabalhistas, apontada por muitos como o “primeiro texto legal a tratar da desconsideração”⁹⁶.

Novamente, não se está diante da suspensão pontual e episódica da limitação de responsabilidade da sociedade.

O parágrafo 2º do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo um grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

⁹⁵ Substituição Tributária – Regime Constitucional, Classificação, e Relações Jurídicas e Processuais, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 70, São Paulo: Dialética, 2001.

⁹⁶ Entre outros, BIANQUI, Pedro Henrique Torres, Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

A simples leitura de tal dispositivo legal permite concluir que se trata de uma regra de responsabilização solidária de sociedades pertencentes a um mesmo grupo industrial. Nem sequer se cogita a ocorrência de desvio ou abuso da pessoa jurídica. Referida norma é aplicável a quaisquer grupos empresariais em matéria de direito trabalhista, independentemente da verificação de abusos ou desvio de função.

Parece-nos equivocada, portanto, a assertiva da estudiosa do tema SUZY ELIZABETH CAVALCANTI KOURY, de que em tal hipótese haveria a aplicação da teoria da desconsideração para coibir “a utilização indevida do ‘véu’ da personalidade jurídica pelas empresas agrupadas para lesarem os empregados em seus direitos”⁹⁷.

Tal entendimento levaria à conclusão de que há uma presunção *iuris tantum* de que os grupos empresariais são utilizados para prejudicar seus funcionários, o que efetivamente não existe. De fato, a regra extraída das leis trabalhistas trata apenas de uma norma expressa de responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo; sem a necessidade, portanto, da aplicação da *disregard* (e consequentemente da presença dos requisitos como desvio de finalidade, abuso da personalidade jurídica, etc.).

E isso porque a mera existência de um grupo empresarial não pode, sob qualquer hipótese, servir de motivação suficiente para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Na mesma linha é o parecer de ALEXANDRE COUTO SILVA⁹⁸, que destaca três razões que justificariam a inexistência de uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica na CLT:

⁹⁷ A desconsideração da personalidade... op. cit. p. 157

⁹⁸ A aplicação da desconsideração... op. cit. p. 179

O § 2º do art. 2º da CLT não se refere à desconsideração por três motivos: primeiro, porque não se verifica a ocorrência de nenhuma hipótese que justifique sua aplicação, como fraude ou abuso; segundo, porque reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; terceiro, porque trata-se de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo. A existência do grupo econômico por si só não justifica a desconsideração da personalidade jurídica; entretanto, a maioria dos doutrinadores acredita que este dispositivo legal consagra a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Em idêntico senso, todas as hipóteses de atribuição de responsabilidade direta aos administradores das sociedades, como, por exemplo, as regras contidas nos artigos 121 e 122 da Lei das Sociedades por Ações, não devem ser confundidas com a aplicação da teoria da desconsideração, não obstante a menção direta do artigo 50 do Código Civil à atuação dos administradores, como se examinará no capítulo 9 *infra*⁹⁹.

É essa, portanto, a primeira restrição relevante à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que se buscará fazer no curso do presente trabalho. Sempre que a própria legislação enumerar casos específicos em que a responsabilidade do sócio, administrador, ou grupo empresarial for solidária à da sociedade devedora, não se estará diante de uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

⁹⁹ Um estudo completo acerca da inadequação da aplicação da teoria da desconsideração ao regime de responsabilização dos administradores da sociedade foi elaborado por LEONARDO TOLEDO DA SILVA, em sua dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2006, sob o título “Análise crítica do art. 50 do Código Civil: desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador”.

6.2 Desconsideração atributiva (ou de imputação de normas)

A chamada desconsideração atributiva da personalidade jurídica, ou desconsideração para a imputação de normas, já era tratada na pioneira obra de ROLF SERICK, constando expressamente de seu terceiro postulado, citado no capítulo 3.4 retro, com o seguinte teor:

As normas que tratam de qualidades ou capacidades humanas também devem ser aplicadas às pessoas jurídicas, quando a finalidade da norma aplicável corresponda à esta classe de pessoas. Neste caso será possível penetrar até os homens atrás da pessoa jurídica para comprovar se ocorre a hipótese de que dependa a eficácia da norma¹⁰⁰.

Outro exemplo fornecido por SERICK, com grande relevância em situações de guerra, era a possibilidade de uma pessoa jurídica ser classificada como inimiga de uma nação, ou, ainda, como judia ou negra, de acordo com as características pessoais de seus sócios e conforme tal critério de penetração fosse relevante no contexto fático respectivo.

CALIXTO SALOMÃO FILHO afirma que a desconsideração atributiva procura permitir a “aplicação de certas normas em forma coerente com o escopo do legislador”¹⁰¹.

O exemplo de aplicação de tal espécie de desconsideração mais citado pela doutrina brasileira é a hipótese tratada pela súmula 486 do Supremo Tribunal Federal, que permite a retomada de imóvel locado para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social.

¹⁰⁰ *Aparencia y Realidad...* op cit. p. 251.

¹⁰¹ *O novo direito...* op. cit. p. 244.

Outras hipóteses de desconsideração atributiva são os casos de estipulações de não concorrência, ou seja, as proibições impostas ao sócio que devem ser estendidas às sociedades e vice-versa¹⁰².

No campo do direito de família e sucessões, como se abordará no capítulo 11.1 infra, entendemos que a chamada desconsideração da personalidade jurídica na ação de alimentos nada mais seria do que uma aplicação da desconsideração atributiva, a qual, como explicitado, não foi albergada pelo sistema jurídico brasileiro.

E isso porque, em tal hipótese, não se “levanta o véu” da personalidade jurídica para buscar um bem específico ou para que a sociedade responda pelo cumprimento de obrigação contraída pelo sócio. Na ação de alimentos, as condições financeiras da sociedade são observadas para que, com base em tais fatos, seja fixada a pensão alimentícia devida pelo sócio, inexistindo qualquer “invasão” no patrimônio da pessoa jurídica.

Não se trata, portanto, da desconsideração inversa da personalidade jurídica propriamente dita, com perfil sancionatório ou necessariamente patrimonial, positivada no artigo 50 do Código Civil, mas sim a possibilidade de análise do substrato da pessoa jurídica, através de seus sócios, para fim de aplicar-lhe normas conforme o escopo almejado pelo legislador.

¹⁰² O novo direito... op. cit. p. 245.

6.3. Desconsideração para fins de responsabilidade

Considerada a hipótese típica de desconsideração da personalidade jurídica, a sua aplicação para fins de imputação de responsabilidade já vinha consagrada no primeiro enunciado formulado por ROLF SERICK, transcrito no capítulo 3.4 supra, cujo teor pode ser resumido pela assertiva de que “*existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros*”¹⁰³.

A terminologia, no entanto, foi apenas assentada por DROBNIG, que diferenciou a penetração em geral (*Durchgriff*) da penetração para fins de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*). Esta última foi por ele dividida em três principais formas de desconsideração, todas fundadas no conceito de responsabilidade: *a*) forma básica, pela qual o credor da sociedade busca atingir o patrimônio de um dos sócios; *b*) forma invertida, pela qual um credor do sócio busca atingir o patrimônio da sociedade; e *c*) forma limitada direta, pela qual o sócio não pode fazer pretensões em face da sociedade em caso de falência¹⁰⁴.

Para LAMARTINE CORRÊA, apenas a desconsideração para fins de imputação de responsabilidade constituiria os “verdadeiros” casos de aplicação da doutrina, posicionamento duramente criticado por SALOMÃO FILHO¹⁰⁵.

¹⁰³SERICK, Rolf, *Aparencia y Realidad...* op cit. p. 241.

¹⁰⁴ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine, *A dupla crise...* op. cit. p. 334.

¹⁰⁵ Afirma SALOMÃO FILHO, Calixto (*O novo direito...* op. cit. p. 259), que “Não parece aceitável, nesse ponto, a posição de J. L. Corrêa de Oliveira, *A dupla crise*, cit. p. 608 e ss. (em especial p. 612), que limita a desconsideração aos casos de imputação de responsabilidade. O próprio autor está, aliás, consciente da não coincidência entre responsabilidade limitada e personalidade jurídica, não apenas nos sistemas caracterizados como maximalistas (Itália, Alemanha), onde apenas as sociedades de capital com responsabilidade limitada têm personalidade, mas sobretudo em sistemas minimalistas como o Brasil, onde a personalidade jurídica é atribuída a todas as sociedades, com ou sem responsabilidade limitada (p. 261). Sua definição do problema da desconsideração torna-se portanto aplicável apenas admitindo-se a

A desconsideração para fins de responsabilidade consiste exatamente em “suspender a eficácia da limitação de responsabilidade instituída por uma norma de direito e declarar a responsabilidade executiva subsidiária indireta (ou seja, por dívida de terceiros)”¹⁰⁶.

Nesse sentido, para fins de atribuição de responsabilidade, é importante diferenciar, como fez CALIXTO SALOMÃO¹⁰⁷, em posicionamento que se coaduna visceralmente com os argumentos trazidos no bojo do presente trabalho, a responsabilidade civil da denominada responsabilidade societária.

Para o autor, a responsabilidade societária é o elemento distintivo desta espécie de desconsideração. Ela não pode ser confundida com a responsabilidade civil e nem com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário. O ponto distintivo estaria 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 atividade lesiva.

A responsabilidade caracterizadora da desconsideração, portanto, estaria fundamentada na “atividade societária e não em um determinado ato”¹⁰⁸, sem excluir, no entanto, a possibilidade de que a lesividade advinda da atividade societária se concretize em um único ato (de natureza societária).

Por outro lado, vislumbrada a ausência de participação da organização societária, seriam aplicados os institutos de direito civil em detrimento da teoria da desconsideração.

função de máxima separação de esferas por ele atribuída à pessoa jurídica, o que, do ponto de vista positivo, é arriscado e, do ponto de vista histórico-sistemático, incerto”.

¹⁰⁶ BIANQUI, Pedro Henrique Torres, Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

¹⁰⁷ O novo direito... op cit. p. 260.

¹⁰⁸ O novo direito... op cit. p. 262.

É exatamente essa uma das hipóteses em que os julgadores têm se equivocado na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ora, quando o ato fraudulento ou abusivo não se dá em função ou por meio da atividade societária, mas apenas através de simples ato simulado, fraude à execução ou fraude contra credores, não se poderia cogitar, em princípio, da desconsideração da personalidade jurídica para desconstituir (ou declarar a ineficácia) do ato fraudulento ou abusivo.

Pontual, a esse respeito, a observação de RACHEL SZTAJN, no sentido de que:

Algumas regras devem informar o comportamento de devedores, mas não se deve, pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deixar de analisar as hipóteses de dolo, simulação ou fraude que impõem penalidades, às vezes, mais eficazes que a desconsideração. Aliás, havendo remédio no sistema jurídico para essas situações de vício de consentimento, é de se estranhar que se procure outra medida.¹⁰⁹

Esse mesmo raciocínio deve ser observado, ainda com mais rigor, na hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica, sendo, nesse caso, ainda mais delicada a opção a ser feita entre a aplicação dos remédios típicos de direito civil e a desconsideração da personalidade jurídica, cujo escopo será o de alcançar o patrimônio da sociedade em razão de dívida pessoal do sócio.

¹⁰⁹ SZTAJN, Rachel, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, 1999, RT 762, p. 94.

7. Critérios utilizados para aplicação da desconsideração para fins de responsabilidade

Os critérios materiais utilizados para a aplicação da desconsideração para fins de responsabilidade são classificados entre objetivos, subjetivos e de caráter misto.

Ou seja, faz-se necessário o distanciamento de requisitos extremamente genéricos, como a boa-fé, para a adoção de elementos mais objetivos, como o abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Ocorre, entretanto, como salientou CALIXTO SALOMÃO¹¹⁰, que no momento da aplicação de tais critérios, é inevitável a combinação de elementos objetivos e subjetivos, os quais, na prática, não puderam ser eliminados do sistema.

Com efeito, antes do advento do Código Civil de 2002, quando não havia definição legislativa geral acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica¹¹¹, a doutrina e a jurisprudência guiavam-se por critérios semelhantes àqueles positivados na Lei n. 10.406 de 2002.

Desde as lições pioneiras de FÁBIO KONDER COMPARATO, aprofundadas, nesse particular, por LAMARTINE CORRÊA, um dos principais critérios utilizados para a desconsideração da personalidade jurídica é o desempenho das funções da sociedade, ou seja, a interpretação funcional da pessoa jurídica.

¹¹⁰ O novo direito... op cit. p. 246.

¹¹¹ A previsão contida no Código de Defesa do Consumidor, além de ser aplicada somente às relações consumeristas, desviou-se totalmente, como já analisado, dos conceitos e pressupostos de desconsideração até então aceitos e aplicáveis. A CLT e o CTN, por outro lado, como já salientado, não configuram hipóteses de desconsideração. Por isso é que se pode dizer que, até 2002, não havia um critério legislativo de caráter geral que pudesse nortear a aplicação do instituto.

LAMARTINE CORRÊA, no mesmo sentido, afirma que a pessoa jurídica foi criada para cumprir diversas funções, principalmente de caráter econômico¹¹².

Uma das principais finalidades da pessoa jurídica é servir como centro de imputação para a limitação de responsabilidade, realidade que, como visto, surgiu antes da própria definição das sociedades como entes autônomos.

Nesse contexto, a mais importante função das pessoas jurídicas personalizadas é exatamente a de organizar a limitação de responsabilidade de seus sócios, facilitando o ingresso de capital e viabilizando sua atividade econômica. Por isso é que, quando a sociedade é utilizada de modo contrário àquela função primordial, deixa de se justificar a existência da limitação de responsabilidade dos sócios.

Sendo certo que a pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais, o principal critério para desconsideração deve estar intimamente ligado à interpretação funcional da sociedade.

O desvio de função da pessoa jurídica deve ser vislumbrado com foco tanto em suas finalidades gerais como também naquelas finalidades específicas e individualizadas, relativas a cada pessoa jurídica, conforme o seu respectivo objeto social.

Para que reste caracterizado o denominado desvio de função ou da finalidade da pessoa jurídica, capaz de ensejar a aplicação da teoria da desconsideração, deve ser constatada a utilização da própria limitação de responsabilidade de modo fraudulento ou abusivo.

¹¹² A dupla crise... op. cit. p. 608.

Portanto, os conceitos de fraude e de abuso de direito, que serão a seguir analisados de modo mais aprofundado, são essenciais para a compreensão dos pressupostos de aplicação da desconsideração.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, houve a positivação, no artigo 50, de requisitos de caráter misto (objetivos e subjetivos) para a aplicação da *disregard*, quais sejam, o abuso da personalidade jurídica, efetivado por meio de desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Percebe-se, pela leitura do referido artigo, que o pressuposto principal para a desconsideração, qual seja, o abuso da personalidade jurídica, possui conotação altamente subjetiva e, por isso, foi amoldado por dois critérios mais objetivos, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Muito se questiona a razão pela qual a fraude, conceito fundamental para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito anglo-saxão, não foi expressamente incluída pelo legislador pátrio entre os pressupostos contidos no artigo 50 do Código Civil.

É certo, por outro lado, que o conceito geral de fraude, ou seja, a fraude contra terceiros (ou ao credor, em sentido amplo) ¹¹³ está implícito no requisito subjetivo do abuso da personalidade jurídica, o qual, por sua vez, pode ser considerado uma espécie de abuso de direito.

Não obstante seja reconhecida a distinção entre os conceitos de fraude e de abuso de direito, uma vez que a fraude caracteriza-se pela prática de um ato jurídico legal em si mesmo, mas em infração à lei, a interesses de

¹¹³ Apesar de se ressentir pela ausência de uma teoria geral da fraude, ALVINO LIMA (A fraude no Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 19/20) observou que “as três modalidades dos atos fraudulentos: fraude ao credor, em sentido amplo, a fraude pauliana ou contra o credor, em sentido particular, e a fraude à lei, em sentido estrito, apresentam diferenças que autorizam, ou pelo menos aconselham, que o seu estudo se processe separadamente, em face das disposições legais existentes, em várias legislações, ou da orientação da jurisprudência, quando não encontramos dispositivos legais expressos”.

terceiros ou a um dever posto, ao passo que o abuso de direito se configura pelo uso inadequado de um direito, há que se considerar que, quando se trata, especificamente, do abuso da personalidade jurídica, está implícito, em tal conduta abusiva, uma hipótese específica de ato fraudulento: a fraude mediante a utilização abusiva da personalidade jurídica.

Por outro lado, considerando-se que o ordenamento jurídico pátrio já possui remédios adequados para as diversas hipóteses de fraude, sem o drástico emprego da desconsideração da personalidade jurídica, pareceu-nos adequada a não utilização do vocábulo fraude na redação do artigo 50 do Código Civil, sob pena de atrair para o espectro da desconsideração, qualquer outra hipótese de fraude (que deveria ser enfrentada no âmbito da *ação pauliana*, da fraude à execução ou da declaração de nulidade do ato fraudulento, conforme o caso).

Nesse sentido, afirma ZANNONI que a teoria da desconsideração pretende resolver com justiça as hipóteses de fraude por intermédio das pessoas jurídicas, sendo certo que, para as demais hipóteses, os seculares instrumentos existentes são suficientes¹¹⁴.

Prossegue o autor argentino, reconhecendo que a “problemática” da aplicação da *disregard* está centralizada na “*consideración de actos ejecutados por sociedades dentro de la genérica licitud de su objeto, erro que en atención a su fin a su finalidad – o causa – conllevan fraude a la ley o fraude en perjuicio de terceros*”¹¹⁵.

Faz-se necessário, portanto, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, uma “fraude específica”, qual seja, a utilização fraudulenta ou abusiva da personalidade jurídica.

¹¹⁴ ZANNONI, Eduardo A. *La normativa societária ante los actos fraudulentos in Responsabilidade Civil*, v3 – Direito de empresa e exercício de livre iniciativa / NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY – coord. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹⁵ *La normativa societária...* op. cit, p. 1057.

Assim, a desconsideração prevista no Código Civil não pode ser aplicada em razão de abuso genérico da personalidade jurídica, mas apenas àqueles casos que representarem desvio de finalidade¹¹⁶ da sociedade ou confusão patrimonial entre a sociedade e seus sócios.

Configuradas estas hipóteses, ainda conforme o texto do artigo 50 do Código Civil, o Juiz pode determinar que os efeitos de certas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos sócios ou administradores, sem que, no entanto, a atividade da pessoa jurídica em si seja prejudicada ou sofra qualquer tipo de limitação.

Esse é o verdadeiro escopo da teoria da desconsideração: suprir, pontualmente, o prejuízo ocasionado a terceiro em razão da utilização desviada ou abusiva da sociedade, sem que a pessoa jurídica sofra qualquer restrição em suas atividades ou existência.

Por outro lado, a utilização equivocada e abusiva de tal teoria, sem a observância de seus requisitos e premissas, enfraquece a própria figura da limitação de responsabilidade, que, como visto, justifica a existência das pessoas jurídicas personalizadas.

Por isso é que se faz necessário um olhar mais aprofundado sobre os pressupostos objetivos e subjetivos constantes do artigo 50 do Código Civil, assim como sobre os institutos de Direito Civil, os quais, muitas vezes, dão lugar, equivocadamente, à cômoda aplicação da desconsideração.

¹¹⁶ Como será exposto no próximo capítulo, não se trata de uma exagerada restrição à aplicação do instituto, uma vez que no conceito de desvio de finalidade podem ser enquadradas inúmeras hipóteses de abusos cometidos com a utilização da pessoa jurídica.

7.1 Abuso de direito e o abuso da personalidade jurídica

O primeiro requisito para a aplicação da teoria da desconsideração constante do artigo 50 do Código Civil é o abuso da personalidade jurídica. Não obstante o próprio dispositivo legal especifique expressamente que tal abuso deve ser caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, faz-se necessário traçar algumas premissas teóricas acerca do que deve ser considerado abuso da personalidade jurídica, de modo a não confundi-lo, genericamente, com o abuso de direito.

O abuso da personalidade jurídica possui, naturalmente, caráter mais subjetivo do que os dois outros requisitos contidos no artigo 50 do Código Civil, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, aproximando-se, como uma espécie, do abuso de direito, incluído no artigo 187 do Código Civil como um tipo de ato ilícito.

Já o abuso de direito ocorre, segundo a moderna doutrina, quando “o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem”

¹¹⁷. Para LIMONGI FRANÇA, o abuso de direito “consiste em um ato jurídico de objeto

¹¹⁷ Definição proposta por CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro v. 1*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 506. HELOÍSA CARPENA (O abuso do direito no Código civil de 2002, in TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 370.) define o abuso de direito como sendo o ato “pelo qual o sujeito excede os limites de exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza”. Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil*. 27ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 564), “Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem”.

lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”¹¹⁸.

Em suas origens, ultrapassado o debate inicial do início do século passado, quando, divididos em negativistas e positivistas, discutia-se a própria existência do instituto, a noção de abuso do direito (dentro da teoria positiva) foi novamente classificada entre teorias subjetivas e objetivas.

SERPA LOPES distingue, dentre os subjetivistas, “nomes de real valor, como Seielles, Mazeud & Mazeud, Ripert, Josserand, Nonnecase, Planiol-Ripert e Esmein”, os quais, de um modo geral, entendem que a intenção do agente é elemento fundamental para a caracterização do abuso de direito, que se efetivaria “todas as vezes em que o causador do dano do prejuízo tenha agido com a intenção de prejudicar”. Já os objetivistas, capitaneados por Josserand, também dividiram-se em outras subteorias, que delimitaram critérios para definir o fundamento da responsabilidade no abuso de direito como sendo o fim social do direito e, de outro lado, a culpa “quase delitual”¹¹⁹.

De fato, até hoje é matéria espinhosa definir o abuso de direito, alçado pelo legislador a espécie de ato ilícito, mas que em sua origem, necessariamente era um ato lícito.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, analisando as principais correntes que tratam do tema, e chamando a atenção para a análise da intenção do agente, pondera, que:

É por isto que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a doutrina do abuso de direito têm a necessidade de desenhar um outro fato, que, com qualquer nome que apresente estará no propósito de

¹¹⁸ FRANÇA, Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 45

¹¹⁹ SERPA LOPES, M. Maria, Curso de Direito Civil, v. 1, Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1960, p.547.

causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, de seu direito, o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio¹²⁰.

Assim, embora não se trate de fraude à lei, o comportamento do agente extrapola os limites de seu exercício, assim como os fins sociais perseguidos pela norma.

FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, diferenciando o abuso do direito da fraude à lei, salienta que em algumas hipóteses específicas será difícil distinguir uma e outra figura, mas que, de um modo geral, a fraude à lei reveste-se da “qualificação jurídica” ilicitude. Em resumo, para o autor português, “*o abuso ocorre por ocasião do (ou relativamente ao) exercício de um direito subjectivo, a fraude à lei pelo não cumprimento de uma ‘obrigação legal’ a que acto deveria submeter-se*”¹²¹.

O enquadramento do abuso de direito como uma espécie de ato ilícito, conforme expressamente consignado no artigo 187 do Código Civil, dispensando a apuração da intenção do agente, experimentou muitas críticas por parte da doutrina, uma vez que, evidentemente, trata-se de uma conduta lícita, mas cujo exercício ocorre de forma abusiva.

Para SILVIO DE SALVO VENOSA, foi uma opção de razão prática, que “em nada prejudica”, sendo indubitoso que “o abuso de direito não constitui propriamente um ato ilícito”. Reconhece, no entanto, que “razão prática impõe que as consequências do abuso sejam as mesmas da reparação por responsabilidade civil”¹²².

SERGIO CAVALIERI FILHO, por sua vez, afirma que quando o exercício regular de um direito ultrapassa os limites estabelecidos pela lei, “se transforma em ato ilícito”, caracterizando-se pelo “anormal” exercício do direito,

¹²⁰ Instituições de Direito Civil. v. 1... op. cit. p. 564/565.

¹²¹ Abuso do direito, Livraria Almedina: Coimbra, 1997 (reimpressão da edição de 1973), p. 535/536.

¹²² Direito Civil: parte geral, v. 1, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007 p. 520.

afastando-se da “ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito, enfim, exercido sem motivo legítimo”¹²³.

Assim, o abuso de direito deve ser considerado como uma subespécie de ato ilícito, ainda que com caráter especial e com requisitos específicos de configuração.

Em relação à imprescindibilidade do elemento volitivo do agente para a configuração do abuso do direito, não é pacífico o posicionamento de CAIO MÁRIO, no sentido de que “não importa, na caracterização do uso ilícito do direito a deliberação de malfazer – *animus nocendi*”¹²⁴.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR, um dos maiores defensores da chamada teoria subjetivista, partindo de raciocínio teleológico, afirma que, sendo o abuso do direito uma categoria do ato ilícito, deve conservar todas as suas características e propriedades, entre elas, o requisito da culpa *lato sensu*, cuja dispensa, para fins de atribuição de responsabilidade, deve ser expressamente prevista em lei¹²⁵.

Por outro lado, grande parte da doutrina entende que a caracterização do abuso de direito independe de qualquer elemento volitivo do agente, estando abarcada pela chamada teoria objetivista, segundo a qual o excesso praticado no exercício de um direito não precisa ser consciente para justificar eventual necessidade de reparação do dano dele oriundo.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES afirma que “prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que o abuso de direito prescinde da ideia de culpa”, reconhecendo, ainda que o abuso de direito deve ser considerado uma cláusula geral, que

¹²³ Programa de Responsabilidade Civil, 10ª ed., São Paulo: Atlas. p. 174.

¹²⁴ Instituições de Direito... v. 1, op. cit. p. 565.

¹²⁵ THEODORO JR., Humberto. Comentários ao Novo Código Civil, v. 3 tomo 2, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 127.

serve a quase todos os campos do direito, “como instrumento destinado a reprimir o exercício antissocial dos direitos subjetivos”¹²⁶.

O abuso de direito, portanto, deve ser considerado como uma espécie de ato ilícito, caracterizado como cláusula geral, que veda o exercício anormal de um direito, ou seja, afastando-se manifestamente, nos termos do artigo 187 do Código Civil, dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O abuso da personalidade jurídica, que pode ser considerado uma subespécie do abuso de direito, possui perfil mais finalístico e especializado, ou seja, não basta a prática de qualquer abuso de direito por parte do sócio ou controlador da sociedade para que seja configurado o abuso da personalidade jurídica. Também os critérios de boa-fé e bons costumes, pilares para a caracterização do abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, não podem ser utilizados com exclusividade para fins de desconconsideração.

A especificidade do abuso da personalidade jurídica, como asseverou MARÇAL JUSTEN FILHO¹²⁷, significa que a investigação acerca de sua ocorrência não pode ser realizada com base em preceitos subjetivos de ética e moral, próprios das pessoas físicas, mas sim em comparação com as finalidades objetivas e específicas para as quais a pessoa jurídica foi constituída.

Não se deve, por exemplo, investigar a intenção ou a atuação específica do sócio controlador ou administrador, mas sim a conduta objetiva e efetivamente perfilhada pela pessoa jurídica, em contraste com a finalidade que deveria ser exercida por tal sociedade no ordenamento social.

¹²⁶ Direito Civil Brasileiro... v. 1, op. cit., p. 506.

¹²⁷ Desconconsideração... op cit. p. 120/121.

Como se percebe, não se trata simplesmente de hipótese de abuso de direito, mas sim do abuso dos direitos específicos da sociedade personalizada: o direito de limitação de responsabilidade dos sócios e o direito de separação patrimonial entre membros e sociedade.

Com efeito, a simples atuação, com *animus nocendi*, do sócio controlador e a ocorrência de prejuízos a terceiros, ou, ainda, a insuficiência patrimonial da sociedade para saldar seus débitos, não são suficientes para que seja “levantada” a limitação de responsabilidade.

Por outro lado, o abuso da personalidade jurídica deve ser extrínseco à sociedade, ou seja, o direito subjetivo exercido de modo abusivo deve ser de titularidade da pessoa jurídica e não de seus membros, individualmente. Em última análise, como já exposto, o ato abusivo deve infligir a separação patrimonial ou a limitação de responsabilidade dos sócios.

A abusividade também pode ocorrer no momento de constituição da sociedade, na hipótese em que o fim pretendido com a criação da pessoa jurídica é justamente o de burlar algum preceito legal ou regra contratual, como, por exemplo, estipulações de não concorrência ou normas de direito sucessório e a subcapitalização maliciosa, como se verá no decorrer do presente trabalho.

Sobre o tema, esclarece ANA CAROLINE SANTOS CEOLIN, que:

Na esteira da teoria do abuso do direito, pode-se concluir que, quando o direito de atribuir personalidade ao ente abstrato é desviado de sua finalidade, qual seja, dar autonomia ao ente para que ele possa agir no mundo dos negócios independente e dissociadamente de seus membros com a agregação de esforços e patrimônios, cabe aos magistrados ignorar a sua personalidade. Desconsiderar-se-á o ente jurídico para

alcançar as pessoas naturais que usaram abusivamente do direito a personificação, desviando-o de sua finalidade legal¹²⁸.

CALIXTO SALOMÃO afirma que uma das hipóteses de desconconsideração para fins de responsabilidade é o abuso de forma, que se subdivide, em individual e institucional. No abuso de forma individual, há a “utilização da personalidade jurídica com o objetivo específico de causar dano a terceiro”¹²⁹. Neste caso, apenas o terceiro prejudicado poderia pleitear a desconconsideração. Já o abuso de forma institucional, segundo o autor, seria caracterizado pela utilização do privilégio de responsabilidade limitada de modo contrário aos seus objetivos e à sua função, possibilitando que qualquer credor possa pleitear a desconconsideração.

A única ressalva que se poderia fazer a tal critério é a de que, também no denominado abuso de forma individual, haveria, necessariamente, a utilização do privilégio da responsabilidade limitada em prejuízo do terceiro, ainda que de modo individualizado.

Conclui-se, portanto, que o chamado abuso da personalidade jurídica deve sempre envolver a utilização desviada da limitação de responsabilidade. Sem o preenchimento de tal premissa, não há que se cogitar da desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade para fins de responsabilidade.

7.2 Desvio de finalidade

Retomando o conceito abordado no item anterior, o artigo 50 do Código Civil especificou que poderão ser estendidos aos bens particulares dos sócios das pessoas jurídicas, os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais,

¹²⁸ CEOLIN, Ana Caroline Santos. Abusos na aplicação da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 22.

¹²⁹ O novo direito... op. cit. p. 247.

quando houver abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Assim como o abuso da personalidade jurídica, o desvio de finalidade deve ser analisado objetivamente, tomando-se como base não só a finalidade institucional das pessoas jurídicas como também as finalidades específicas da sociedade a ser desconsiderada, relacionada ao seu objeto social e às atividades econômicas e empresariais por ela desenvolvidas.

Nesse contexto, o desvio de finalidade pode se apresentar sob duas vertentes, uma de sentido lato e outra estrito. A primeira está relacionada à finalidade institucional da pessoa jurídica, como meio de possibilitar o desenvolvimento econômico e o aporte de capital com limitação dos riscos aos sócios. A segunda, por outro lado, refere-se à finalidade objetiva de cada sociedade, estabelecida nos respectivos contratos sociais ou estatutos.

O desvio de finalidade institucional ocorre quando o ato é praticado formalmente de acordo com a lei, mas perseguindo objetivos ilegais. Este desvio possui caráter de homogeneidade, ou seja, independentemente do objeto social da pessoa jurídica, o ato praticado pela sociedade se verifica abusivo e desviado de sua finalidade.

Cabe lembrar, nesse contexto, que o simples prejuízo de terceiros ou a existência de credores não pode servir, por si só, como pressuposto para a desconsideração, do modo como foi positivado no Código de Defesa do Consumidor e em outros diplomas brasileiros.

Caso contrário, como se salientou, negar-se-ia a própria eficácia da limitação de responsabilidade dos sócios. Isso significa, nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, que a “utilização da sociedade como simples instrumento da

limitação da responsabilidade pessoal do sócio, embora se configure ‘abusiva’ sob um ângulo, não adquire caráter de ‘abuso’ para incidência da desconsideração”¹³⁰.

Um exemplo eloquente de desvio da finalidade institucional da pessoa jurídica, quando efetivado com escopo de fraudar terceiros – dolo - seria a chamada subcapitalização intencional ou maliciosa.

FABIO KONDER COMPARATO¹³¹ classifica a subcapitalização em simples e qualificada. A subcapitalização qualificada é aquela na qual o valor do capital social é atribuído de modo dolosamente insuficiente para o cumprimento de seus desígnios, possibilitando, eventualmente, a desconsideração da personalidade jurídica por desvio de finalidade. Para COMPARATO, a subcapitalização qualificada ocorre quando “o capital inicial de uma sociedade é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e, conseqüentemente, o perigo criado pelos sócios no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade”.

Para MENEZES CORDEIRO¹³², a subcapitalização material, ou seja, aquela em que a subcapitalização reflete efetivamente a ausência de recursos da sociedade, sem condições de sanar suas dívidas, ao lado da “confusão de esferas jurídicas” e do “atentado a terceiros e o abuso da personalidade”, seria um dos critérios utilizados para a aplicação da teoria da desconsideração.

Ressalte-se, entretanto, que tal situação, isoladamente, não ensejaria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas tão somente quando verificado que a subcapitalização intencional foi um artifício utilizado, em evidente abuso da personalidade jurídica, para se esquivar ao cumprimento das obrigações da sociedade.

¹³⁰ Desconsideração da personalidade... op cit. p. 122.

¹³¹ O poder de controle nas S.A., 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 470/471.

¹³² CORDEIRO, António Menezes, O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial, Almedina: Lisboa, 2000, p.116.

Ou seja, a mera coexistência da subcapitalização e insolvência de uma sociedade não basta para a desconsideração de sua personalidade jurídica. Deve-se, antes, investigar se houve, de fato, a utilização abusiva da sociedade, por meio de uma dolosa e intencional fixação do capital social muito abaixo do valor mínimo e razoável para sua atividade e se a subcapitalização foi preponderante para a não satisfação das dívidas da sociedade.

Trata-se, como visto, da união do critério subjetivo, no qual se avalia a intenção dolosa do agente, com o critério objetivo que analisa o resultado fático da conduta praticada.

É possível, portanto, na hipótese de subcapitalização qualificada, a aplicação da teoria do *disregard*, pois a intencional atribuição de capital social claramente insuficiente para o cumprimento do objeto da sociedade, com escopo único de “proteger” o patrimônio dos sócios na hipótese de inadimplemento de vultosas obrigações assumidas pela sociedade, caracteriza-se como evidente desvio da finalidade da limitação de responsabilidade, em abuso da personalidade jurídica.

Nesse contexto, a ausência de pagamento dos credores, sob a escusa de que a sociedade somente poderia responder até os limites do capital social, nessa hipótese dolosamente fixado em montante exageradamente inferior às obrigações assumidas pela companhia, representa inequívoco abuso da personalidade jurídica, com a aplicação, por via de consequência, das regras constantes no artigo 50 do Código Civil.

Outras interessantes hipóteses de desvio institucional da finalidade, para fins de desconsideração, podem ser exemplificadas por meio de dois casos concretos, ocorridos nos Estados Unidos, nos quais o mesmo comportamento foi adotado por sociedades cujos respectivos objetos sociais são totalmente distintos: uma companhia exploradora de taxis e uma fábrica de implantes de silicões.

Em ambos os casos, ao invés de ser criada uma única sociedade, ou então, diversas sociedades coligadas para o desempenho do fim

econômico pretendido, foram criadas inúmeras sociedades independentes, sem qualquer ligação entre si, com o único escopo de diminuir o risco assumido pelos sócios perante terceiros eventualmente prejudicados. Cada companhia de taxi, entre dezenas, pertencentes às mesmas pessoas, era proprietária de apenas um ou dois veículos e somente com tal patrimônio responderia em caso de danos a terceiros. Do mesmo modo, a fabricante de silicone se “subdividiu” em diversas sociedades independentes, já ciente de que seu produto era de baixa qualidade e que eles sofreriam diversas demandas de caráter indenizatório.

Trata-se, nestes exemplos, de desvio institucional da função da sociedade, que pode ser oposto por qualquer credor em potencial e que independe especificamente do objeto ou da atividade da companhia.

Sob outra vertente, há o desvio de finalidade em sentido estrito, ou seja, quando a atuação da sociedade se desvia daquela estabelecida em seu objeto social para servir a desígnios distantes daqueles que conotam suas atividades usuais e rotineiras.

A finalidade específica da pessoa jurídica, como determina o artigo 46, inciso I, do Código Civil,¹³³ deve sempre tratar de um objeto lícito em consonância com o ordenamento jurídico. Qualquer atuação fora de sua finalidade e objetivo social, que configure abuso da personalidade jurídica, prejudicando terceiros, pode acarretar a aplicação da teoria da desconsideração.

Não se pode confundir, a esse respeito, o desvio de finalidade isoladamente praticado pelo administrador ou sócio, chamado de ato *ultra vires*, daquele que é praticado pela própria sociedade. E isso porque, no primeiro caso, há imputação de responsabilidade direta ao sócio ou administrador que praticou tal ato e, no segundo caso, pode ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica.

¹³³ “Art. 46. O registro declarará: I – a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, se houver”.

Cabe, nesse sentido, diferenciar o desvio de finalidade da sociedade dos chamados atos *ultra vires*, que podem ensejar a responsabilização direta do sócio ou administrador da sociedade.

Pela chamada teoria *ultra vires*, originária do direito anglo-saxônico, os atos praticados pelos administradores que não se adequem ao objeto social da sociedade, ensejarão a responsabilização direta daquele que praticou o ato, não recaindo sobre a sociedade em si.

Os artigos 47 e 1015 do Código Civil contemplam a aplicação da chamada teoria *ultra vires*, pela qual os administradores são diretamente responsabilizados por atos praticados em desacordo com o estatuto social, isentando a sociedade de qualquer ônus.

Aí reside, na realidade, o grande ponto de diferenciação entre a aplicação da teoria *ultra vires* e a desconsideração da personalidade jurídica, sendo certo que, no primeiro caso, a sociedade não responde perante terceiros por ato exclusivo de seu administrador, ao passo que, na segunda hipótese, é a sociedade (e não apenas seu administrador) quem age em desacordo com sua finalidade social, ensejando a responsabilização dos sócios (e da própria sociedade, evidentemente) perante os terceiros eventualmente lesados.

Para MARCIO TADEU GUIMARÃES NUNES:

A teoria *ultra vires* e as fórmulas de responsabilidade direta do administrador, previstas nas capciosas exceções do parágrafo único do art. 1.015, § único do Novo Código Civil (as quais, de tão amplas, viram verdadeiras regras gerais), afiguram-se como inequívocas hipóteses de responsabilidade pessoal do administrador e alternativa à

teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem implicar, portanto, qualquer responsabilidade para a sociedade¹³⁴.

Assim, faz-se necessário diferenciar para efeitos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, se o desvio de finalidade foi um ato isolado de um sócio ou administrador violando frontalmente o estatuto ou contrato social, ou se houve a utilização abusiva e desviada de suas finalidades sociais, da própria sociedade em si.

7.3 Confusão patrimonial

A confusão patrimonial, denominada por CALIXTO SALOMÃO FILHO como confusão de esferas, caracteriza-se quando a “denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio”¹³⁵.

O requisito da confusão patrimonial também pode ser compreendido como a ausência de critérios objetivos de diferenciação do patrimônio de pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo empresarial. Nesse sentido, a clássica lição de COMPARATO, ao afirmar que:

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se facilmente

¹³⁴ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 362

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto, o novo direito... p. 246.

que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial.¹³⁶

Há confusão patrimonial quando o patrimônio pessoal dos sócios e aquele pertencente à sociedade encontram-se acobertados sob a relativa proteção da personalidade jurídica. Do mesmo modo, quando o sócio apodera-se do faturamento da sociedade, fazendo retiradas sem quaisquer regras ou limitações, há indícios de confusão patrimonial.

Segundo o raciocínio delineado no corpo do presente trabalho, quando o sócio toma para si o absoluto controle das receitas e patrimônio da sociedade, como verdadeiro “proprietário” da sociedade, há nítida confusão patrimonial, potencialmente ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica.

É exatamente por esse motivo que a firma individual não goza de autonomia patrimonial entre o sócio e a sociedade, em razão da presumida “confusão” entre o patrimônio de um e de outro.

Na seara do direito de família, a confusão patrimonial é causa frequente para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente quando o absoluto domínio da sociedade está restrita ao âmbito familiar, abarcando, inclusive, patrimônio pertencente aos sócios e sem qualquer ligação com a atividade empresária.

Segundo ROLF MADALENO, a prática da mistura de patrimônios entre sócio e sociedade é habitual no direito de família. Nessas hipóteses, um dos cônjuges, “opera pela empresa os interesses conjugais, apresentando-se carente

¹³⁶ COMPARATO, Fabio Konder. O poder de controle nas S.A., 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 355.

de recursos e de bens na pessoa física, e pródigo desses mesmo bens na sociedade empresária”¹³⁷.

Assim, o que em princípio poderia ser a configuração de uma proteção patrimonial familiar ou de um “planejamento sucessório”, pode voltar-se contra os próprios cônjuges, na hipótese de um litígio se instaurar entre eles.

7.4 Outras figuras: fraude e simulação

Dentre os defeitos dos negócios jurídicos¹³⁸, alguns, não raramente, são apresentados como pressupostos para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo os mais importantes (e frequentes), a fraude e a simulação.

A utilização dos defeitos dos negócios jurídicos como critérios para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ocorre, normalmente, por duas razões distintas, sendo, por certo, a segunda muito mais frequente que a primeira: *a)* entendimento doutrinário que dá maior amplitude aos pressupostos da desconsideração; *b)* simples desconhecimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de seus critérios (de ordem subjetiva e objetiva) e de seus pressupostos de aplicação.

A primeira razão, justificada e calcada em critérios científicos, advém do entendimento partilhado por diminuta parcela dos estudiosos do tema, no sentido de que as hipóteses constantes do artigo 50 do Código Civil, já

¹³⁷ A desconsideração judicial... op. cit. p. 223.

¹³⁸ Considera-se defeitos do negócio jurídico, segundo CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, V. I, 27 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 431), o erro, dolo, lesão e coação (vícios de consentimento), assim como a simulação e fraude contra credores (vícios sociais).

analisadas, seriam meramente exemplificativas. Para essa corrente, seria cabível, por via de consequência, a aplicação da desconsideração em outras hipóteses fáticas não previstas no texto legal.

Nesse sentido, BRUNO GARCIA REDONDO afirma que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial seriam hipóteses “meramente exemplificativas” de situações que podem revelar ou caracterizar o abuso da figura societária. E isso porque, segundo o autor, “o imaginário fraudulento não tem limites, sendo impossível ao legislador, prever todas as espécies de abusos da personalidade jurídica que um representante fraudador possa tentar praticar”¹³⁹.

Como exemplos de hipóteses não abarcadas pelo artigo 50 do Código Civil, mas que poderiam ser objeto da aplicação da desconsideração, REDONDO cita o dolo, a fraude, o abuso de direito, o excesso de poder, situações de fato e subcapitalização¹⁴⁰.

Em relação à subcapitalização (intencional ou qualificada), como já analisado, trata-se de hipótese que pode configurar a utilização abusiva da personalidade jurídica mediante desvio de sua finalidade institucional, sendo, neste caso, possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Já em relação ao dolo, fraude (fraude em geral, fraude contra credores e fraude à execução), abuso de direito (também de modo geral) e simulação (não citada pelo referido autor), não se pode considerar tais institutos como pressupostos válidos, por si só, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, conforme será adiante analisado com maior profundidade.

¹³⁹ Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos materiais e processuais civis *in* 10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas, SILVIO DE SALVO VENOSA, RAFAEL VILLAR GAGLIARDI, PAULO MAGALHÃES NASSER (Coord), São Paulo: Atlas, 2012, p. 109.

¹⁴⁰ Desconsideração da personalidade jurídica... op. cit. p. 109.

A segunda razão, certamente mais preocupante para os operadores do direito, assim como para os empresários e empreendedores, é a utilização de outros critérios não definidos em lei, e certamente mais abrangentes e/ou subjetivos, por mero desconhecimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Como foi abordado no início do presente trabalho, muitas vezes a *disregard* é utilizada como um “remédio supremo”, aplicada em qualquer hipótese em que o credor enfrenta dificuldades, das mais variadas, para a satisfação de seu crédito. Nesse cenário, percebe-se com frequência a aplicação da chamada “teoria menor”, constante do Código de Defesa do Consumidor, em situações puramente empresariais.

É certo, ainda, que a fraude (fraude contra credores e fraude à execução) e a simulação também são, diuturnamente, apontadas como hipóteses de possível aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

HELENO TAVEIRA TÔRRES¹⁴¹, a esse respeito, reconhece que

Como espécie de sanção própria, nessa função substantiva, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica não poderia ser usada como instrumento para coibir simulações, fraudes, nulidades e demais descumprimentos da lei, que dão ensejo a ilícitos de toda a ordem, porquanto o ordenamento resguarde, para estes, diretamente, medidas sancionatórias próprias, prazos específicos de decadência e regimes jurídicos típicos¹⁴².

¹⁴¹ Regime Tributário da Interposição de Pessoas e da Desconsideração da Personalidade Jurídica: os Limites do art. 135, II e III, do CTN, in Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária, TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47.

¹⁴² Prossegue, HELENO TAVEIRA TÔRRES em seu raciocínio, concluindo, de modo absolutamente convergente ao presente estudo, que “A sanção de desconsideração da separação patrimonial, na função substantiva, é um conceito vinculado diretamente à causa da pessoa jurídica, com o conceito de finalidade do instrumento societário”.

Em idêntico senso, observa RACHEL SZTAJN que

Muitas vezes não se trata de desconsiderar a personalidade jurídica, basta aplicar as normas já previstas no sistema [...]. O remédio da desconsideração deveria ser de aplicação restrita para quando não se pudesse resolver a questão de forma justa, equitativa, usando outras medidas¹⁴³.

Em relação, especificamente, à desconsideração (inversa) da personalidade jurídica no direito de família e sucessões, como não se pode falar, geralmente, em um direito creditório propriamente dito, a figura que é mais confundida com hipóteses de desconsideração é a simulação, sendo mais raras as situações em que a *disregard* é aplicada em casos que seriam de fraude à execução ou fraude contra credores.

Faz-se necessário, portanto, diferenciar de modo claro as hipóteses subjetivas em que devem ser aplicados os remédios já existentes no ordenamento, em lugar da drástica e específica desconsideração da personalidade jurídica.

7.4.1 – Fraude em geral, fraude contra credores e fraude à execução

Fraus omnia corrumpit adverte difundido brocardo de origem romana. A fraude a tudo corrompe. Para JOSSERAND, a fraude é a negação do direito e se opõe a todas as normas jurídicas¹⁴⁴.

¹⁴³ SZTAJN, Rachel; Desconsideração da personalidade jurídica; Revista de Direito do Consumidor; n 2, São Paulo: RT, 1992, p 67.

¹⁴⁴ *Les mobiles dans les actes juridiques du droit prive*, Paris,Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz , 2006, n. 176, p. 27.

Já se afirmou, no início deste capítulo 7, que o conceito geral de fraude, apresentado por ALVINO LIMA como sendo “o emprego de meios lícitos, em si mesmos, sejam atos ou fatos jurídicos, para atingir resultados não permitidos pela lei, repudiados pelo direito, e, em geral contrários aos interesses de terceiros [...]”, está implicitamente inserido na caracterização do abuso da personalidade jurídica¹⁴⁵.

Para CLÓVIS BEVILAQUA, o ato fraudulento é “psicologicamente perfeito”, maculando-o porém o intuito moral: *fraus non in consilio in eventu*¹⁴⁶.

Assim, a fraude pode ser definida como sendo a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro¹⁴⁷, não se confundindo com os demais defeitos dos negócios jurídicos, quais sejam, o erro, o dolo, a coação e a simulação.

São três os aspectos, ou hipóteses, em que se subdivide a teoria da fraude, quais sejam, a fraude contra credores em geral (contra terceiros), a fraude contra credores especificamente (fraude pauliana) e a fraude à lei, ainda segundo classificação de ALVINO LIMA, em linha com JOSSERAND.

A chamada fraude em geral ou fraude contra terceiros traduz conceito bastante amplo aplicado, inclusive, como base conceitual para a delimitação do abuso da personalidade jurídica, como já apontado.

Já a fraude contra credores e a fraude à execução são institutos distintos e autônomos, cada um deles adstrito a um regime jurídico e remédio processual próprio.

¹⁴⁵ A fraude no direito civil, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 19/20.

¹⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. 2ª ed., rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, São Paulo: Servanda, 2007, p. 227.

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario, Instituições de direito Ccvil. v. 5... op. cit. p. 536.

A fraude contra credores é um defeito do negócio jurídico não imputável a uma falha no consentimento, mas sim no resultado da declaração de vontade. Na fraude contra credores, há a intenção de impor prejuízo ao credor, ao não dispor de garantia patrimonial para fazer frente ao débito contraído.

Para MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, “se o devedor pratica atos que o põem insolvente, têm os credores o direito de agir, de os desfazer, na proporção dos seus interesses”¹⁴⁸.

A disposição patrimonial pode ocorrer de modo gratuito ou oneroso. No primeiro caso, para a configuração de fraude, dispensa-se o exame da boa-fé do donatário, ao passo que, nas transmissões onerosas, como forma de se proteger eventuais terceiros de boa-fé, exige-se a prova do *concilium fraudis*, ou seja, da ciência do terceiro acerca do estado de insolvência ou do escopo de fraudar os credores.

O meio legal de se impugnar o negócio jurídico fraudulento é a ação pauliana, cujo resultado é a anulação do negócio e não sua ineficácia, como na fraude à execução.

Com efeito, trata-se de um remédio jurídico secular, que remonta ao período Justiniano, quando foram englobados na definição da ação pauliana os requisitos do *consilium fraudis* e do *eventus damni*¹⁴⁹.

No direito pátrio, a fraude contra credores, assim como a ação pauliana, já estavam previstos no Código Civil de 1916, repetindo-se na atual legislação, nos artigos 158 e 161 do Código Civil.

Além disso, a ação pauliana possui prazo decadencial próprio, de quatro anos, prescrito no artigo 178, II, do Código Civil.

¹⁴⁸ Curso de direito civil, v.3..., op. cit. p. 457.

¹⁴⁹ LIMA, Alvino, A fraude no direito civil,... op. cit. p. 88.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA exemplifica que é frequente a ocorrência de fraude contra credores quando um devedor

assoberbado de compromissos, com o ativo reduzido e o passivo elevado, procura subtrair aos credores uma parte daquele ativo, e neste propósito faz uma liberalidade a um amigo ou parente, ou vende a vil preço um bem qualquer ou concede privilégio a um credor mediante a outorga de garantia real ou realiza qualquer ato, que má-fé engendra com grande riqueza de imaginação¹⁵⁰.

Nessas hipóteses específicas apontadas pelo autor, sendo o devedor uma pessoa jurídica, não há que se cogitar da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. E isso porque não se trata de uma utilização abusiva do “manto” da personalidade jurídica, ou de um desvio de finalidade.

Trata-se de uma manobra fraudulenta, pela qual se busca, maliciosamente, a diminuição do patrimônio do devedor. O remédio é a anulação do ato jurídico fraudulento, por meio da ação pauliana¹⁵¹.

Resta evidente, deste modo, que não se justifica, pelo simples fato de a fraude contra credores ter sido praticada por uma pessoa jurídica, aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica em lugar da anulação do negócio jurídico.

Como já exposto, em quaisquer hipóteses em que o ordenamento jurídico pátrio dispuser de remédios específicos e de vasta utilização para

¹⁵⁰ Instituições de direito civil... v. 1, op. cit. p. 451.

¹⁵¹ Para CANDIDO RANGEL DINAMARCO (Execução civil, 5ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997, p. 266), o ato fraudulento deve ser considerado sempre ineficaz, ainda que se trate de fraude contra credores. Segundo o autor, “a ação pauliana não é uma ‘ação anulatória’ e a sentença de sua procedência não tolhe todos os efeitos do ato: ela retira do negócio jurídico apenas o que é preciso retirar para que o credor não sofra prejuízo, ou seja, aquele efeito secundário consistente em suprimir a responsabilidade do bem pela obrigação do alienante perante ele. Essa sentença mantém vivo o ato, na parte em que não traz prejuízo ao credor, sem prejudicar os efeitos que sejam indiferentes em face dos objetivos do instituto”.

atos ilícitos ou abusivos também específicos, não há que se falar na utilização da desconsideração, a qual deve ficar restrita aos seus pressupostos de aplicação.

Assim, não se pode admitir, sob qualquer aspecto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em hipóteses de fraude contra credores. O mesmo vale, evidentemente, para a fraude à execução e para a simulação.

Na seara do direito de família e sucessões, a fraude contra credores pode ocorrer tanto em relação à frustração de um crédito alimentar, por exemplo, como também envolvendo créditos decorrentes da dissolução de casamentos sob o regime da participação final nos aquestos, em que, como se demonstrará, há uma verdadeira divisão contábil do patrimônio considerado comum, sendo possível, nesse acerto de contas, a ocorrência de fraude contra credores, que não justificaria, como já vislumbrado, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

O que diferencia a fraude contra credores da fraude à execução, em relação aos seus requisitos, é que, na primeira, o credor possui, em face do devedor, apenas um crédito objetivo, mas que ainda não foi objeto de demanda judicial buscando seu recebimento. Na fraude à execução, o devedor, no momento da efetivação do ato de disposição de bens (gratuito ou oneroso) que o levou à insolvência, já havia sido citado em ação de conhecimento ou execução pela qual se buscava o recebimento do débito, conforme critérios definidos pelo artigo 593 do Código de Processo Civil.

Diferentemente da fraude contra credores, na fraude à execução, instituto de direito processual, os atos de disposição de bens são considerados por alguns juristas como sendo “absolutamente nulos”¹⁵², mas, pela mais moderna doutrina, com a qual nos filiamos, como atos ineficazes, ficando os bens sujeitos à execução, como se a disposição não tivesse sido efetivada em relação ao credor lesado.

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva, Curso de direito civil... op. cit., p. 543.

E isso porque o ato de disposição praticado em fraude à execução é perfeitamente válido entre o alienante e o adquirente, produzindo todos os efeitos jurídicos a ele atinentes.

É ineficaz, no entanto, em relação ao credor do alienante, que pode expropriar diretamente aquele bem, sem que seja necessária a decretação da nulidade do ato, posicionando-se, por via de consequência, no campo da ineficácia e não da nulidade.

Para PONTES DE MIRANDA, a fraude à execução “supõe infração na determinação do objeto litigioso por força da litispendência noutra ação, cuja sentença teve ou é susceptível de ter força ou apenas suficiente efeito executivo¹⁵³”.

CANDIDO RANGEL DINAMARCO, observando a atual pacificação do tema, observa que, em relação à fraude à execução, “pode-se dizer pacífica a doutrina brasileira atual, quando afirma tratar-se de causa de ineficácia do ato dispositivo”.¹⁵⁴

A desconsideração da personalidade jurídica, quando decretada, também ocasiona a ineficácia do ato fraudulento ou abusivo praticado, mas tendo requisitos e pressupostos totalmente distintos da fraude à execução.

Assim, se uma sociedade, na pendência de uma demanda judicial que poderia culminar em sua insolvência, dispõe de bem próprio, a qualquer título, a um de seus sócios, por exemplo, estar-se-ia diante de evidente hipótese de fraude à execução, sendo desnecessária e até exagerada a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar tal bem no patrimônio do sócio, ou, então, o valor equivalente a tal bem.

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Comentários ao código de processo civil. t. 9, São Paulo, Forense, 1976, p. 473.

¹⁵⁴ Execução civil... op. cit., p. 255.

Basta, neste caso, ao credor, buscar diretamente a expropriação do bem, sem qualquer questionamento acerca da relação entre o sócio e a sociedade, ou à limitação da responsabilidade da sociedade.

Em relação ao direito de família e sucessões, especificamente no que tange à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sua confusão com hipóteses de fraude à execução pode ocorrer tanto nas execuções de alimentos, como também no momento posterior à partilha de bens, caso seja determinado que um cônjuge se indenize na meação ou nos bens particulares do outro cônjuge em razão de desvio de bens (qualquer que seja o artifício utilizado para o “desvio”).

O mesmo raciocínio é aplicável às hipóteses de simulação, também apresentada, com alguma frequência, como pressuposto para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

O que se pode afirmar, sem qualquer dúvida, é que o instituto mais comumente confundido como sendo um pressuposto para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito de família e das sucessões é a simulação.

Por isso, é de fulcral importância a objetiva separação entre os negócios simulados e os negócios que não podem ser considerados simulações (nem fraude à execução, tampouco fraude contra credores) e que, por via de consequência, podem ensejar a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

7.4.2 – Simulação

Para FRANCESCO FERRARA, o negócio simulado é aquele que tem uma aparência contrária à realidade, ou porque não existe em absoluto, ou porque é distinto de como aparece: o negócio que, aparentemente, é sério e eficaz, é, em si, mentiroso e fictício, ou constitui uma máscara para ocultar um negócio distinto¹⁵⁵.

JOSÉ BELEZA DOS SANTOS elenca três requisitos para que exista a simulação propriamente dita, ou seja, para que exista um desacordo entre a vontade real e a vontade declarada: *a)* que tal descompasso de vontades seja intencional; *b)* que seja realizado com intuito (dolo) de escamotear o ato simulado e *c)* que tenha sido estabelecido por acordo entre aqueles cujas vontades condicionaram a formação do negócio jurídico¹⁵⁶.

O mesmo autor português diferencia, de modo objetivo, a simulação da fraude à lei, esclarecendo que, na fraude à lei, a norma imperativa é “violada por uma forma direta, abertamente ofensiva do preceito que o seu texto formula, praticando-se um *acto contra legem*”, ao passo que na simulação, a lei seria violada “por uma forma indirecta, insidiosa, respeitando-se aparentemente, mas iludindo-se na realidade os seus preceitos, não se atacando o seu texto, mas falseando-se-lhe o espírito, procurando conseguir-se obliquamente um resultado que por meios directos se não pode alcançar, porque expressamente os proíbe o texto legal que se procura iludir”¹⁵⁷.

Para HOMERO PRATES, o que caracteriza o ato simulado “é a proposital divergência entre a vontade e a declaração”¹⁵⁸. Ou seja, a intencionalidade

¹⁵⁵ *La simulacion de los negocios jurídicos (actos e contratos)*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado: Madrid, 1931, p. 18.

¹⁵⁶ A simulação em direito civil. Imprensa: Coimbra, 1952, p. 32.

¹⁵⁷ A simulação em direito civil... op. cit. p. 45.

¹⁵⁸ Atos simulados e atos em fraude da lei. Livraria Freitas Bastos: São Paulo, 1958, p. 27.

na declaração de vontade em desacordo com a vontade real é o que distingue a simulação do erro, assim como de outros defeitos do negócio jurídico.

Por tal razão, a simulação também não pode ser considerada como um vício de consentimento. O desalinho entre a declaração de vontade e a vontade real pelas partes envolvidas é a própria essência da simulação. O ato é viciado, mas o resultado declarado é exatamente aquele que as partes, ilicitamente, pretendem obter.

Modernamente, rompendo-se a teoria tradicional que coimava a simulação como ato jurídico sujeito à anulabilidade, o Código Civil a arrolou expressamente como hipótese de nulidade do ato jurídico.

O artigo 167 do Diploma Civil disciplina ser “nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

Assim, como observa SILVIO DE SALVO VENOSA, se os “agentes demonstram externamente uma compra e venda, quando, na verdade, o negócio subjacente e realmente querido pelas partes é uma doação, subsistirá a doação se não houver impedimento legal para esse negócio jurídico e se foi obedecida a forma desse negócio”¹⁵⁹.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA classifica a simulação em absoluta, quando a declaração de vontade se destina a “não produzir resultado”, ou relativa, quando o negócio “tem por objetivo encobrir outro negócio de natureza diversa”, como é a hipótese de se *fantasiar* uma doação de compra e venda, por exemplo¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Direito civil... v. 1, op. cit. p. 498.

¹⁶⁰ Instituições de direito civil... v.1, op. cit. p. 533.

A simulação também pode ser classificada conforme a vontade do agente, sendo descrita como inocente, quando o agente faz uma declaração de vontade distinta de sua vontade real, mas sem o fito de prejudicar terceiros. A maliciosa, por outro lado, ocorre quando o objetivo da simulação é exatamente violar a lei ou prejudicar terceiros.

Nesse contexto, a simulação inocente, ante a ausência de má-fé, assim como de prejuízo a terceiros, pode, em alguns casos, ser “suscetível de tolerância”¹⁶¹, muito embora tenha sido aprovado o Enunciado n. 152, do Conselho de Justiça Federal que assenta: “Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”.

Para o que importa especificamente ao escopo do presente trabalho, é de se salientar que a simulação, muitas vezes, é praticada por pessoas jurídicas, inclusive, no objetivo de perpetrar fraudes no âmbito do direito de família.

Não são raros os casos em que os sócios simulam a alienação de quotas sociais, de patrimônio pertencente à sociedade (simulação absoluta), ou ainda a diminuição da participação do sócio, quando, em verdade, nunca pretenderam a efetivação de tais negócios jurídicos.

Nessas hipóteses, é cada vez mais frequente a afirmação, por operadores do direito de um modo geral, de que se poderia aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em razão da “utilização” escusa da personalidade jurídica para lesar terceiros.

Trata-se, no entanto, de grave equívoco na aplicação de institutos absolutamente distintos, cujos fins são igualmente diferentes.

Se houve a prática de um ato simulado, seja em benefício do sócio, ou com escopo de prejudicar credores, deve ser aplicado o artigo 187 do

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, v.1, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 506.

Código Civil, sem sequer se examinar os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, se o ato jurídico foi simulado, é irremediavelmente nulo e não pode produzir efeitos. A solução secular, seja de anulabilidade (antes do Código Civil de 2002), seja de nulidade, é muito menos gravosa e não envolve a “despersonalização” da pessoa jurídica, sem deixar de conduzir o lesado ao *status quo ante*.

Assim, no âmbito do direito de família e sucessões, quando um cônjuge, antes da partilha de bens simula a alienação ou a doação de um imóvel pertencente à pessoa jurídica da qual ele é controlador, o remédio adequado é a nulidade do ato e não a desconsideração da personalidade jurídica.

O mesmo vale para a diminuição simulada de participação societária sem qualquer aporte de capital pelos demais sócios ou, ainda, a simulação de integralização do patrimônio particular do cônjuge em qualquer sociedade da qual ele detenha pequena participação. Como se disse, tratando-se de negócios simulados, devem ser eles tratados como tal, utilizando-se os já consagrados remédios dispostos no ordenamento jurídico pátrio.

8. Abusiva e equivocada aplicação da *disregard*

MARCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, em obra que traz robusta crítica à utilização acriteriosa da desconsideração da personalidade jurídica, chegando, inclusive, a questionar a sua própria manutenção no sistema jurídico pátrio, alerta que:

Sendo assim, o que de fato se vê na aplicação do instituto é uma distorção patológica, a qual não permite que a desconsideração da personalidade jurídica seja realmente aplicada como um mecanismo satisfatório de realização de Justiça, capaz de trazer, a um só tempo, segurança e previsibilidade para as relações sociais¹⁶².

De fato, considerando a importância econômica e o valor histórico que a limitação de responsabilidade dos sócios possui em nosso país e em todo o mundo, é mesmo preocupante assistir a aplicação de uma teoria que chega, em muitos casos, a colocar em risco a própria eficácia da limitação de responsabilidade.

Atenta a essa problemática, SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, observou, ainda em uma época em que a desconsideração podia ser considerada uma “novidade” em nosso ordenamento jurídico, em 1990, que havia, ao lado da *disregard* própria, a *disregard* imprópria, que seria a aplicação de figuras e institutos jurídicos já existentes, buscando-se o mesmo resultado, e ficando a salvo de “distintas subjetividades, sem desconsiderar-se a personalidade jurídica”¹⁶³.

Assim, essa chamada *disregard* imprópria nada mais seria do que a anulação ou a declaração da nulidade de atos fraudulentos ou simulados, sem qualquer desgaste à figura institucional da pessoa jurídica.

Nesse sentido, SUZY KOURY chegou a apontar a necessidade de “separar bem as duas hipóteses, dado que há casos que são plenamente remediáveis pelo recurso às soluções clássicas, especialmente aquelas disponibilizadas pelo Direito Civil, e outros, em que há necessidade de aplicação do *Disregard Doctrine*”¹⁶⁴.

¹⁶² Desconstruindo a desconsideração... op. cit. p. 35.

¹⁶³ A desconsideração da personalidade... op. cit. p. 81.

¹⁶⁴ A desconsideração da personalidade... op. cit. p. 82.

Ao indagar, entretanto, se “o fato de a fraude ser realizada por meio da pessoa jurídica faria com que a hipótese deixasse de ser de fraude e passasse a ser de desconsideração”, a autora, apesar de reconhecer, inicialmente, que a resposta deveria ser negativa, concluiu que:

Pode ser possível afirmar que, apesar de, a rigor, não ser hipótese de aplicação da *Disregard Doctrine*, há necessidade de empregar-se a desconsideração em casos de simulação e fraude à lei, por exemplo, alcançados através do uso do esquema da pessoa jurídica, para que se possa a chegar a situações mais justas¹⁶⁵.

Foi exatamente esse raciocínio, a nosso ver, que, posteriormente, veio a servir de justificativa para a aplicação exagerada e sem critérios da desconsideração da personalidade jurídica.

Posteriormente, outros autores, como EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, afirmaram que a “desconsideração da personalidade jurídica pode ser invocada em casos concretos em que qualquer uma delas esteja em questão”¹⁶⁶.

ROLF MADALENO, um dos mais importantes estudiosos da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações familiares, também entende que a teoria da desconsideração pode ser aplicada nas hipóteses de “abuso de direito”, “abuso do poder de controle”, “fraude contra credores”, “fraude à execução”, “simulação” e “fraude por interposta pessoa”¹⁶⁷.

Como se percebe, não se trata, exclusivamente, de mera aplicação atécnica ou episódica da teoria da desconsideração em hipóteses em que o

¹⁶⁵ A desconsideração da personalidade... op. cit. p. 84.

¹⁶⁶ Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 94. – Quando o autor afirma que a desconsideração poderá ser invocada “nos casos concretos em que qualquer uma delas esteja em questão”, ele se refere especificamente as hipóteses de fraude (fraude à lei, fraude contra credores e fraude à execução), simulação, dolo, ou atos *ultra vires*.

¹⁶⁷ MADALENO, Rolf. A desconsideração... op. cit. p.80/92.

ordenamento jurídico pátrio já dispunha de seculares e eficazes remédios de direito processual e material para se opor aos eventuais danos impostos aos credores das pessoas jurídicas.

Ao contrário, é possível notar que há verdadeira corrente doutrinária, composta por respeitados juristas, que admitem a aplicação da regra do artigo 50 do Código Civil para hipóteses não previstas nos pressupostos delineados pelo legislador e que já eram tuteladas pelo ordenamento.

Segundo a referida corrente, o credor lesado pode optar por um ou por outro caminho (a desconsideração ou a anulação do ato, por exemplo), conforme a sua conveniência. Ou seja, o entendimento seria no sentido de que a “possibilidade de desconsideração existe para facilitar a vida do lesado e não para dar guarida as negaças ou esquivanças do devedor de má-fé”¹⁶⁸, ainda que tal caminho, em último caso, possa levar ao comprometimento da própria limitação de responsabilidade, como já tratado em capítulos anteriores.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, comentando acerca de uma hipótese concreta colocada sob sua análise, ponderou que:

A possível má-fé alegada nos autos decorreria exclusivamente da ciência, por parte do consulente, da existência de processo, cujo polo passivo era ocupado pela alienante dos bens adquiridos por empresas de que ela era sócia. Esse fato, se verdadeiro e desde que demonstrada a insolvência da devedora, tornaria possível tão somente o reconhecimento de fraude à execução. Essa situação jamais daria ensejo à desconsideração da personalidade jurídica, mormente para

¹⁶⁸ MADALENO, Rolf.. A desconsideração... op. cit. p.84.

atingir o patrimônio de terceiro que, embora sócio das adquirentes dos bens pertencentes à executada, não exercia função de direção¹⁶⁹.

Por fim, conclui o autor que é “inexorável a conclusão: a suposta fraude então descrita pelo exequente está regulada pelo disposto no artigo 592, inciso V, do Código de Processo Civil” (fraude à execução).

Assim, pela mesma razão que ensejou o desenvolvimento da figura da pessoa jurídica em si, bem como da limitação de responsabilidade dos sócios, qual seja, o desenvolvimento econômico com a contenção de riscos, faz-se imperiosa a aplicação técnica e ponderada da *disregard* sob pena de se negar a própria existência da limitação de responsabilidade¹⁷⁰, como já ocorre, por exemplo, nas relações consumeristas.

¹⁶⁹ Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica, in Processo Societário, YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setogui. J (coords.), São Paulo: *Quartier Latin*, 2012, p. 449 e 453.

¹⁷⁰ ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO afirma que “Não se pode ampliar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que por sua natureza é excepcional. Proteger as pessoas físicas que compõem a jurídica significa – a médio e longo prazo – tutelar toda a coletividade a quem interessa assistir a criação e o desenvolvimento de novas pessoas jurídicas, aumentando o capital com lastro na sociedade, a arrecadação de tributos, a concorrência e as vagas de empregos oferecidas. Pretender a desconsideração em qualquer hipótese (como pretendia o § 5º do art. 28) significa obstaculizar todos esses saudáveis efeitos”. (Código Civil Comentado, v. I, coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2007, p. 134).

9. Desconsideração inversa da personalidade jurídica

A denominada teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica consiste na penetração no patrimônio da sociedade, para responsabilizá-la, em algumas hipóteses específicas, pelo cumprimento de obrigação originalmente de titularidade de seu sócio.

A limitação da responsabilidade dos sócios é quase sempre entendida como um instrumento de contenção de riscos, que serve como um escudo de proteção ao patrimônio pessoal dos membros, na hipótese de descumprimento das obrigações da sociedade.

No entanto, ao mesmo tempo em que tal limitação serve para proteger o patrimônio dos sócios de eventuais dívidas da companhia, a proteção também ocorre no sentido inverso, ou seja, o patrimônio da pessoa jurídica fica a salvo de eventuais dívidas particulares dos sócios. Assim é o sistema.

Tal circunstância é essencial ao desenvolvimento das sociedades conferindo segurança jurídica aos terceiros que com ela pretendem entabular negócios, sem preocupações com a saúde financeira particular de cada sócio.

Nesse contexto, do mesmo modo que as sociedades personalizadas podem ter sua finalidade desviada para prejudicar seus credores, tal irregularidade pode ocorrer no sentido inverso, ou seja, a pessoa jurídica pode ser utilizada abusivamente para prejudicar os credores ou aqueles que estabeleçam obrigações com seus sócios.

Nestas hipóteses, é o sócio insolvente ou aquele que pretende burlar obrigações pessoais advindas da lei ou do contrato, que se utiliza da pessoa jurídica de modo abusivo e antijurídico.

O legislador pátrio deixou de incluir a previsão da desconsideração inversa no Código Civil de 2002, não obstante tal possibilidade já fosse reconhecida pelas doutrinas nacional e estrangeira, desde a formulação da teoria original.

Chama a atenção, nesse sentido, a atualidade do posicionamento de ROLF SERICK acerca da desconsideração inversa, quando ele aduz que, para que ocorra o *Durchgriff* do sócio para a sociedade, maiores exigências devem ser feitas em relação à aplicação tradicional da teoria, pois faz-se necessário perquirir, efetivamente, se, sem a desconsideração, haveria outra solução capaz de atender os interesses envolvidos¹⁷¹.

No mesmo sentido, ULRICH DROBNIG afirmou que não haveria nenhum fundamento que o levasse a negar a possibilidade da aplicação invertida da penetração para fins de responsabilidade, desde que presentes os pressupostos e as consequências da desconsideração direta da personalidade jurídica, mas com a reserva de que tal remédio só seria aplicável quando a constrição das quotas sociais deste sócio colocasse em risco a satisfação da pretensão¹⁷².

FABIO KONDER COMPARATO, na clássica e já citada obra *O poder de controle na S.A.*, observou, com a costumeira pontualidade, que a 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 de seus controladores”¹⁷³.

CALIXTO SALOMÃO, em suas notas de texto elaboradas na obra retro citada, complementa os argumentos de COMPARATO ao afirmar que tal medida

¹⁷¹ *Aparencia y Realidad...* op cit. p. 46.

¹⁷² CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise... op. cit. p. 342.

¹⁷³ O poder de controle nas S.A., 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 470/471.

deve ser tomada com muita cautela, para não prejudicar os interesses dos demais sócios, assim como dos credores da sociedade, chamando a atenção para importantíssima questão que envolve “o problema da superposição entre institutos civilísticos e a desconsideração”, questionando se a situação não se posicionaria muito mais próxima da teoria da aparência do que da desconsideração¹⁷⁴.

E é o próprio autor quem responde à mais inquietante de suas indagações, qual seja, atingindo-se o patrimônio da sociedade, a desconsideração inversa não prejudicaria os interesses dos demais sócios e dos credores da sociedade?

A resposta é negativa.

E isso porque, para justificar a aplicação desta teoria, o sócio inadimplente terá transferido, integralizado ou de qualquer modo constituído capital ou bens próprios em nome da sociedade, desviando-a de sua finalidade. Nesse contexto, os demais sócios e os credores sociais não seriam prejudicados pela constrição de tais bens ou capital, uma vez que, na verdade, eles nunca pertenceram efetivamente à sociedade, mas sim ao sócio inadimplente.

Essa é a principal razão pela qual se autoriza a busca de bens no patrimônio da sociedade. A confusão patrimonial entre sócio e sociedade e a inexistência de prejuízo a outros sócios e eventuais credores são, inclusive, sinais e critérios que evidenciam a possibilidade de aplicação da desconsideração inversa.

Em relação à possibilidade de penhora das quotas sociais, CALIXTO SALOMÃO FILHO afirma que “o interesse do credor é o recebimento de seu

¹⁷⁴ CALIXTO SALOMÃO (O poder de controle... op cit. p. 465) refere-se à parte da doutrina que admite a desconsideração inversa “apenas quando se trata de aplicar ao sócio regras sobre *Vertrauenshaftung*, ou seja, no caso em que o sócio tenha criado a aparência de negociar em nome da sociedade”.

crédito e não a participação em ou mesmo a venda de quotas ou ações de uma sociedade a respeito da qual não tem informação”¹⁷⁵.

Diversas são as críticas relacionadas à aplicação do *disregard* em sua forma invertida. A primeira delas é a de que, por não estar expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico e tratando-se de instituto de aplicação excepcional e restritiva, não haveria elementos suficientes para responsabilizar diretamente a pessoa jurídica por obrigação contraída pessoalmente por seu sócio.

A segunda oposição frequentemente apontada centraliza-se no fato de que o ordenamento jurídico dispõe de diversas ferramentas de Direito Civil que poderiam levar à anulação ou declaração de ineficácia ou nulidade de eventual ato jurídico fraudulento ou simulado, inexistindo razões suficientes para, nestas hipóteses, ignorar a separação patrimonial entre a pessoa física e a jurídica.

Observa ALEXANDRE DO COUTO SILVA, a esse respeito, que apesar de alguns doutrinadores entenderem que existe a teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa ou às avessas, a maioria não reconhece a sua existência¹⁷⁶, apontando, em abono de sua argumentação, acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Apelação n. 49.674-RN¹⁷⁷.

A crítica formulada pelo supracitado autor é exagerada, mas pertinente, na medida em que deve ser aplicada a desconsideração inversa da personalidade jurídica apenas nas hipóteses em que os remédios do Direito Civil não forem capazes de beneficiar o credor ou não se mostrarem eficazes, como na aventada hipótese da penhora de quotas sociais.

¹⁷⁵ O poder de controle... op cit. p. 466/467.

¹⁷⁶ SILVA, Alexandre Couto. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 92/93.

¹⁷⁷ “Direito Comercial. Responsabilidade da sociedade por dívida de seus integrantes. Desconsideração da pessoa jurídica – Inadmissível a penhora de bens da sociedade, em execução movida contra pessoa física de integrante seu, com fundamento da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Se ocorre fraude, deve ser esta demonstrada, e anulado o negócio fraudulento. – Apelação provida”.

Por outro lado, parece simples reconhecer que a ausência de previsão legal específica para a sua aplicação não impede a plena utilização do instituto, do mesmo modo que a teoria da desconsideração já era aplicada antes mesmo de ser positivada no Código Civil de 2002.

Tanto é que, na IV Jornada de Direito Civil, a fim de não deixar qualquer dúvida acerca do tema, foi editado o Enunciado n. 283, com o seguinte teor: “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”.

Para GUSTAVO GUIMARÃES HENRIQUE¹⁷⁸, basta “simples exercício de hermenêutica jurídica” na análise do artigo 50 do Código Civil para extrair “a fundamentação da inversa aplicação da consagrada Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

Com efeito, em algumas hipóteses, principalmente no âmbito do direito de família e sucessões, como será analisado nos capítulos seguintes, a sua aplicação se mostra como o único remédio eficaz para impedir a utilização da pessoa jurídica em prejuízo de terceiros com os quais o sócio esteja obrigado pessoalmente.

Conclui-se, portanto, que permanecem atualíssimas as preocupações externadas por dois dos principais estudiosos da desconsideração na Alemanha, ROLF SERICK e ULRICH DROBNIG, as quais possibilitam a fixação de três pressupostos para a aplicação da *disregard* inversa, do sócio para a sociedade: *a)* devem estar presentes todos os requisitos da desconsideração para fins de responsabilidade tradicional; *b)* deve-se atentar, inicialmente, se existem outros remédios disponíveis, com eficácia semelhante, que poderiam alcançar o mesmo resultado sem abalar a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, tais como a anulação (ou declaração da

¹⁷⁸ Desconsideração inversa da personalidade jurídica, *in* Desconsideração da personalidade jurídica, Jader Marques, Maurício Faria, org., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 92.

nulidade) do ato fraudulento ou simulado, a declaração de ineficácia do ato realizado em fraude à execução, ou, ainda, a propositura de ação pauliana em hipóteses de fraude contra credores; *c*) por fim, deve ser examinado, no caso concreto, se a constrição das quotas sociais da sociedade através da qual foi praticado o abuso não possibilitariam a satisfação da pretensão, sem a necessidade de alcançar o patrimônio da sociedade.

CAPÍTULO III – DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

As relações patrimoniais familiares e sucessórias, como apontou CLÓVIS DO COUTO E SILVA¹⁷⁹, tornaram-se campo vasto para a perpetração de fraudes, mediante a utilização indevida e abusiva das pessoas jurídicas personalizadas.

Com efeito, seja em litígios envolvendo o pagamento de pensão alimentícia, a partilha de bens decorrentes do casamento ou união estável, ou ainda em demandas de direito sucessório, a *disregard* inversa se posiciona como uma ferramenta específica e essencial para a contemplação da justiça social familiar¹⁸⁰.

Segundo ROLF MADALENO, precursor do estudo específico acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito de família e das sucessões no Brasil:

Trata-se da aplicação invertida da desconsideração da personalidade jurídica, uma forma especial, mas cabalmente pertinente e de larga utilização, pela qual será responsabilizada a pessoa jurídica por

¹⁷⁹ Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português. *in* Revista dos Tribunais, n. 520, p. 12.

¹⁸⁰ KOCH, Deonísio. Desconsideração da personalidade jurídica, Florianópolis: Ed. Momento Atual, 2005, p. 73, observa que “No Brasil, essa prática tem-se verificado em alguns dos processos mais ruidosos de separação judicial de casais, em que, antes da separação, um dos cônjuges transfere os bens do casal para a pessoa jurídica da qual é sócio, visando esvaziar o patrimônio a ser dividido na hora da partilha de bens. O outro cônjuge é enganado com a dilapidação dos bens do casal. Nesse caso, desconsidera-se a autonomia da pessoa jurídica para buscar, em retorno, os bens fraudulentamente transferidos, a fim de desfazer o prejuízo do cônjuge enganado”.

acobertar direitos familiares dos cônjuges, companheiros ou credores de alimentos, ou os direitos hereditários de herdeiro necessário¹⁸¹.

É certo que nas relações conjugais e familiares que culminam em um processo litigioso, o *animus* das partes envolvidas, muitas vezes, afasta-se da boa-fé, da racionalidade e do equilíbrio negocial, para, deliberadamente, ter como único e obstinado escopo lesar o *ex adverso* em sua esfera patrimonial, como forma de se “indenizar” de eventuais mágoas ou frustrações sofridas durante anos no seio do relacionamento, seja em âmbito conjugal ou sucessório.

Nesse contexto, ROLF MADALENO constata que:

Parece que os fracassos do casamento precisam ser materialmente indenizados, frente à cultura de o outro cônjuge ser sempre culpado pela separação e, igualmente, parece que as dissensões afetivas e parentais encontram, na sonegação dos recursos ou no desvio propositado dos bens, um forte aliado de uma patológica vingança¹⁸².

Por outro lado, muito embora tenham sido desenvolvidos diversos trabalhos científicos acerca da teoria do *disregard*, é muito escassa a bibliografia sobre a aplicação de tal instituto, em sua modalidade inversa, nos litígios envolvendo as relações patrimoniais familiares. Ao mesmo tempo, multiplicam-se as hipóteses em que, em tais relações, pessoas jurídicas são indevidamente utilizadas em desvio de finalidade, confusão patrimonial ou outros modos de abuso da personalidade jurídica¹⁸³.

¹⁸¹ MADALENO, Rolf. A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa no direito de família e no direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.

¹⁸² MADALENO, Rolf. A desconsideração... op. cit. p. 3.

¹⁸³ “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA - Admissibilidade - Hipótese em que configurada a transferência de bens particulares do sócio executado em favor de pessoa jurídica, com retirada posterior da sociedade - Decisão reformada para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica inversa para permitir a penhora de bens da sociedade - Recurso provido para tal

Como é pertinente assinalar, o *disregard* é uma teoria que foi sistematizada para servir aos diversos ramos do Direito, posicionando-se, em sua versão invertida, como importante instrumento a ser aplicado no âmbito do direito de família e sucessões¹⁸⁴.

GILBERTO GOMES BRUSCHI afirma que a “finalidade mais visível e premente da utilização da desconsideração inversa ou invertida ocorre no direito de família, quando a partilha de bens for fraudada na desconstituição do vínculo conjugal do casamento ou de união estável”¹⁸⁵.

Em idêntico senso, ressalta FÁBIO ULHÔA COELHO, que a desconsideração invertida ampara, de forma especial, os direitos de família. Na desconstituição do vínculo de casamento ou de união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome da pessoa jurídica sob seu controle, eles não integram, sob ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor¹⁸⁶.

Assim, e principalmente a seara do direito de família e sucessões faz-se necessária a busca pela sistematização conceitual dos requisitos necessários à desconsideração inversa da personalidade jurídica, através da qual se buscará o equilíbrio entre a segurança jurídica resultante da limitação da

fim” (TJSP - Agravo de Instrumento n. 0067225-57.2011.8.26.0000. 13ª Câ. Dir. Priv.; Des. Rel. Heraldo de Oliveira, j. 17/08/2011).

“Medida cautelar – Entrega à mulher de posse de imóvel pertencente a patrimônio a ser dividido entre membros de casal separado - Partilha que deverá ser realizada em execução de ação de anulação de testamento – Presença das condições da ação cautelar - Irrelevância de errônea conceituação do feito como arrolamento de bens - Julgamento conforme o pedido - Perigo na demora demonstrado - Desnecessidade de liquidação e execução da sentença anterior como pressuposto da entrega solicitada - Desconsideração de personalidade jurídica de empresa pertencente ao casal - Apelação não provida (TJSP - Apelação Cível nº 292.360-4/3, 10ª Câ. Dir. Priv. Des. Rel. Mauricio Vidigal, j. 03/08/2004”.

¹⁸⁴ MADALENO, Rolf. A desconsideração... op. cit. p. 3.

¹⁸⁵ Aspectos processuais... op. cit., p. 132.

¹⁸⁶ COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de direito comercial, vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.45.

responsabilidade patrimonial dos sócios e a oposição concreta à utilização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em prejuízo dos interesses e direitos fundamentais ligados à partilha de bens, aos alimentos e à sucessão legítima.

São três, portanto, as áreas do direito de família e sucessões, nas quais tem sido verificado um número cada vez maior de hipóteses concretas que exigem a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica: *a)* na partilha de bens realizada por ocasião do divórcio ou dissolução de união estável; *b)* na execução de alimentos; e *c)* no direito sucessório, especialmente na sucessão legítima.

Em relação à partilha de bens, a utilização desviada da pessoa jurídica pode ser observada quando o cônjuge ou companheiro, antevendo a futura dissolução do vínculo matrimonial, realiza diversas manobras societárias com escopo de diminuir o acervo patrimonial que compõe os bens do casal. Em muitos casos, o esvaziamento patrimonial de empresa da qual um dos cônjuges é sócio pode resultar na partilha de quotas sociais sem qualquer valor.

Tais condutas, aparentemente legais no âmbito puramente societário, tornam-se ilícitas na medida em que diminuem ou até excluem a participação do outro cônjuge na partilha de bens. Ocorre, portanto, a inequívoca intenção de obter vantagem indevida, ou fraudar a meação do cônjuge ou companheiro, com a utilização da separação patrimonial da pessoa jurídica em incontestável desvio de finalidade.

É frequente, no cotidiano forense, a verificação de atos como a manipulação da distribuição de lucros ou do *pro labore* dos sócios, a transferência ou integralização de bens do casal em sociedades das quais apenas um deles seja sócio, a redução da participação de um dos cônjuges em sociedade que seja proprietária de bens do casal e diversas outras manobras aparentemente legais, mas realizadas ilicitamente em prejuízo de um dos cônjuges.

Para CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, é no campo das relações familiares, que, não raro, aflora nas pessoas um estranho e perverso sentimento vingativo, fazendo com que sejam utilizadas as pessoas jurídicas para dar espaço a fraudes pelas quais se intenta prejudicar o ex-cônjuge ou o ex-companheiro na partilha de bens, os filhos ou irmãos em ação envolvendo a sucessão legítima ou, ainda os direitos alimentares dos filhos ou ex-cônjuges¹⁸⁷.

Em tais situações, deve ser verificado, segundo critérios objetivos, quando, por exemplo, a declaração de nulidade do ato simulado, ou, nos termos da segunda parte do artigo 167 do Código Civil, a subsistência do negócio dissimulado, poderia atingir, igualmente, os interesses da parte lesada e até que ponto seria imprescindível a utilização da desconsideração (inversa) da personalidade jurídica.

Em relação ao pagamento de pensão alimentícia, ressalta ROLF MADALENO, a ocorrência, com inquietante frequência, de atos de dissimulação pela via societária da verdadeira capacidade econômica e financeira da pessoa física atrelada a um dever legal de alimentos¹⁸⁸.

Não obstante seja duvidosa a possibilidade jurídica de aplicação da desconsideração na fixação da pensão alimentícia, não há dúvidas de que nos procedimentos executivos a teoria possui fulcral importância.

Conforme conceituam FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO, “os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção de sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros”¹⁸⁹. No mesmo sentido, observa YUSSEF SAID CAHALI, que a doutrina mais recente não tem encontrado dificuldade em identificar na obrigação de alimentos uma forma com que se manifesta um dos essenciais direitos

¹⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. Direito Civil, 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007 p. 316.

¹⁸⁸ MADALENO, Rolf. A desconsideração... cit. p. 240.

¹⁸⁹ TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando, Direito civil, v. 5, 5ª ed. São Paulo: Método: 2010, p. 413.

da personalidade, que é o direito à vida, também e especialmente protegido pelo Estado¹⁹⁰.

Sendo, portanto, instituto ligado diretamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, é de extrema importância que o sistema jurídico disponha de ferramentas eficazes para impedir que a utilização abusiva da limitação de responsabilidade ou da autonomia patrimonial da pessoa jurídica possibilite a concretização de efetivos prejuízos ao direito alimentar dos filhos, cônjuge ou companheiro do empresário fraudador.

Finalmente, é também na seara sucessória que se verifica a reiterada utilização abusiva da personalidade jurídica, com escopo de lesar a parte legítima da herança a ser recebida pelos herdeiros necessários.

Com efeito, a sociedade empresária pode ser utilizada pelo autor da herança para beneficiar, por ocasião do seu falecimento, apenas um ou parte de seus herdeiros necessários em prejuízo de outros. Um exemplo de tal desvio pode ser observado quando o autor da herança integraliza diversos bens particulares em pessoa jurídica da qual é sócio, juntamente com apenas um ou parte dos filhos, diminuindo, posteriormente, a sua participação societária na empresa. É certo, nesse contexto, que, por ocasião do falecimento do genitor, esses filhos, titulares de grande parte das quotas sociais da sociedade, já serão titulares de parte substancial daqueles bens, que não seriam trazidos à colação.

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA aponta, no mesmo sentido, a possibilidade de o autor da herança, aos poucos, transferir a um dos filhos parte de suas quotas sociais em empresa detentora do patrimônio do casal, observando que com o transcurso do tempo, torna-se mais difícil verificar a forma pela qual a sociedade majoritariamente pertencente ao ascendente veio, ao depois, a passar

¹⁹⁰ CAHALI, Yussef Said, Dos alimentos. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

para o controle dos sócios descendentes. Tal situação acaba por camuflar uma transferência patrimonial sob forma outra que não a da doação, mas que traz em si o desequilíbrio das quotas dos herdeiros descendentes sócios e não sócios¹⁹¹.

Resta, portanto, indubitoso o interesse no estudo da desconsideração inversa da personalidade jurídica no âmbito do direito de família e sucessões, a seguir analisados pormenorizadamente.

¹⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes ;CAHALI, Francisco José. Direito das sucessões. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2007, p. 392/93.

10. Casamento e união estável – aspectos patrimoniais

Inúmeras são as definições já apresentadas e aceitas para o instituto do casamento, certamente um dos mais discutidos e debatidos do direito privado¹⁹². PAULO LÔBO define o casamento como “ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”¹⁹³.

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁹⁴ o casamento é a “união de duas pessoas de sexo diferentes, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.”

Referidas definições, para maior atualidade, poderiam substituir os termos “homem e mulher” por “duas pessoas”, tendo em vista a tendência do pleno reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁹⁵.

Também a natureza jurídica do casamento é objeto de grande controvérsia conceitual, sendo mais aceita aquela que o classifica como um

¹⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 32ª ed. V. 2. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 11.

¹⁹³ Direito civil: famílias, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

¹⁹⁵ A regulamentação do casamento homoafetivo no Brasil é uma realidade, não obstante tenha sido obtida por vias transversas. Em 5 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a família homoafetiva, declarando a legitimidade de uniões estáveis homossexuais, no julgamento da ADI 4277-DF e da ADPF 132-RJ, deixando assentado, inclusive, que a união estável homoafetiva deve ser reconhecida “segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. Essa decisão reverberou em diversos Tribunais estaduais, inclusive o de São Paulo, que passaram, também, a proferir decisões no mesmo sentido. Buscando pacificar o tema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, pela qual foi autorizado às autoridades competentes a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A partir de então, os casais homossexuais possuem, também, a liberdade de contraírem casamento, o que vem ocorrendo com cada vez maior frequência.

contrato complexo ou *sui generis*, considerado um contrato em sua formação e, em seu conteúdo, uma instituição¹⁹⁶.

Diante da complexidade da instituição-contrato que é considerado o casamento, não se pode negar que seus efeitos são numerosos e complexos, que se irradiam “no ambiente social e especialmente nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, e entre estes e seus filhos, como atos de direito de família puros, gerando direitos e deveres que são disciplinados por normas jurídicas”.¹⁹⁷

Os efeitos do casamento estão inseridos no plano da eficácia na *escada ponteana*, o terceiro e último plano de concretização do ato jurídico, nomenclatura adotada expressamente no Capítulo IX – Eficácia do Casamento - do Livro IV (Direito de Família), Título I (Do Direito Pessoal), Subtítulo I (Do Casamento), do Código Civil.

Sob o referido Capítulo IX, o Código Civil “tutela os direitos e deveres entre os cônjuges, por opção legislativa, mas seu raio de alcance é maior, abrangendo a relação com os filhos e com terceiros, tratados em capítulos distintos”¹⁹⁸.

Dentre os diversos efeitos do casamento, que podem ser divididos em três categorias, quais sejam, sociais, pessoais e patrimoniais, é o terceiro aquele que mais interessa ao tema do presente estudo, sendo objeto de regras e definições próprias e especiais.

Para MARIA BERENICE DIAS, a “convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando

¹⁹⁶ TARTUCE, Flavio. Direito Civil, v. 5, 9ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves, direito civil... v. 5, op. cit. p. 181.

¹⁹⁸ LOBO, Paulo. direito civil... op. cit. p. 136.

indispensável que fiquem definidas, antes das núpcias, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte”.¹⁹⁹

Os vínculos econômicos e patrimoniais do casamento são regidos, principalmente, pelos regimes de bens, cujo objetivo é regulamentar, previamente, a titularidade dos bens adquiridos ou recebidos a qualquer título, individualmente ou em conjunto pelos cônjuges durante a vigência deste “contrato especial”.

O regramento civil atual estipula quatro distintos regimes de bens, quais sejam, a comunhão parcial, a comunhão universal, a participação final nos aquestos e a separação de bens.

Durante a vigência do Código Civil anterior, vigia, em relação ao regime de bens, a regra da imutabilidade prevista em seu artigo 230, que determinava que “o regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”. A principal razão que justificava tal imutabilidade era a segurança jurídica, tanto em relação aos próprios cônjuges, como também na relação destes com terceiros e credores.

PAULO LÔBO relaciona os três principais argumentos que justificavam a imutabilidade do regime de bens, quais sejam: *a)* o contrato de casamento era concebido como um “pacto de família”, que não poderia ser alterado pelos cônjuges; *b)* a proteção dos próprios cônjuges contra as pressões mútuas; e *c)* a proteção de terceiros, que poderiam ser lesados pela modificação do regime²⁰⁰.

Superado o panorama cultural e político que justificava tal regramento, o Código Civil de 2002, em importante alteração no que pertine ao direito de família, alterou tal sistema, possibilitando, respeitados alguns requisitos formais, a

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

²⁰⁰ Direito civil... op. cit. p. 322.

alteração do regime de bens eleito pelos cônjuges por ocasião do casamento, conforme dispõe, atualmente, o parágrafo 2º do artigo 1.639 do Código Civil.

Tal alteração vai de encontro ao princípio da autonomia privada, o qual, segundo FLAVIO TARTUCE, reflete “o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar”, havendo, portanto, plena liberdade na escolha do regime de bens²⁰¹.

FABIANA DOMINGUES CARDOSO, por sua vez, denomina o mesmo princípio, aplicado aos regimes de bens, como sendo o da “variedade de regimes” segundo o qual é possível “dispor aos nubentes, opções em conjuntos de regras para normatizar o patrimônio dos futuros cônjuges e da família como um todo”²⁰².

Ainda nessa linha, podem os cônjuges, por meio do pacto antenupcial, elaborar regimes de bens totalmente customizados aos seus anseios e necessidades, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico.

FLAVIO TARTUCE relaciona, ainda, outros três princípios que regem o sistema de regime de bens, quais sejam, *a*) a indivisibilidade do regime de bens, segundo o qual, ambos os cônjuges devem se submeter, exatamente, ao mesmo regime; *b*) a variedade de regime de bens; e *c*) o princípio da mutabilidade justificada, denominado por FABIANA DOMINGUES CARDOSO como sendo da mutabilidade controlada, que reflete, exatamente, a possibilidade de alteração do regime de bens após a celebração do casamento²⁰³.

O denominado “regime legal” de bens do casamento (também aplicável à união estável), ou seja, aquele que terá vigência se as partes não estipularem nenhum regime especial, é o da comunhão parcial de bens, como definem os artigos 1.640 e 1.725 do Código Civil.

²⁰¹ Direito civil... v. 5. op cit. p. 124.

²⁰² CARDOSO, Fabiana Domingues. Regime de bens e pacto antenupcial. São Paulo: Método, 2011, p. 47.

²⁰³ Direito civil... v. 5. op cit. p. 128.

10.1 Regimes de bens

Não obstante a plena liberdade dos cônjuges para a definição e elaboração dos regimes de bens, o Código Civil estabelece quatro possíveis regimes de bens para o casamento:

- a)* comunhão parcial de bens (artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil);
- b)* comunhão universal de bens (artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil);
- c)* participação final nos aquestos (artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil); e
- d)* separação – convencional – de bens (artigos 1.687 a 1.686 do Código Civil).

É importante tecer algumas considerações, ainda que breves, acerca dos regimes de bens legalmente instituídos, a fim de facilitar e esclarecer o posterior estudo da desconsideração da personalidade jurídica efetivada por ocasião do divórcio e partilha de bens, uma vez que a definição do regime de bens adotado pelo casal possui grande relevância na respectiva partilha, assim como no interesse, por um dos cônjuges, em fraudar a meação do outro.

O regime da comunhão parcial de bens, denominado regime legal, é aquele que vigora na ausência de opção específica dos cônjuges por qualquer regime especial, ou ainda, se nulo ou ineficaz for o pacto antenupcial. Tal regime possui como regra geral a comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente pelos cônjuges ou companheiros na constância da união conjugal.

Em outras palavras, pertencerão a ambos os cônjuges, tudo aquilo que eles adquirirem onerosamente durante a união conjugal, excluindo-se, portanto, os bens que já lhes pertenciam antes do matrimônio, e, ainda, aqueles recebidos gratuitamente, seja por herança, doação (salvo quando efetivada em proveito de ambos os cônjuges), ou em sub-rogação de bens particulares.

Convém, para organização do presente estudo, tratar, inicialmente, dos bens que são expressamente incluídos na universalidade patrimonial dos cônjuges, não obstante o Código Civil trate, antes, dos bens excluídos da comunhão (artigo 1.659), dispondo, em seguida, daqueles que entram no rol de bens comuns.

Assim, o artigo 1.660 do Código Civil, traz, em seu inciso I, a regra geral da comunhão parcial de bens, ao estipular a comunhão de todos os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, ainda que só em nome de um deles. São também comunicáveis os bens adquiridos por “fato eventual”, ou seja, loterias, sorteios, rifas, jogos, etc., não cabendo o exame da existência ou não de concurso de trabalho.

Em seguida o artigo 1.660 estabelece que as doações, herança ou legados, estipuladas em favor de ambos os cônjuges são comunicáveis - assim como seriam se eles não fossem casados²⁰⁴.

As benfeitorias realizadas em bens particulares, assim como os frutos dos bens comuns ou particulares, percebidos na constância do casamento são também comunicáveis.

As acessões, por sua vez, não foram expressamente incluídas nas hipóteses do artigo 1.660, mas devem ser consideradas bens comunicáveis, ainda que erigidas patrimônio particular ou de terceiros.

Acerca das acessões, ROLF MADALENO, com razão, chama a atenção para os incrementos patrimoniais recebidos por uma sociedade empresária própria, por ele chamada de “acessão industrial”, que também devem “ingressar no patrimônio conjugal”²⁰⁵. Assim, ainda que uma sociedade tenha sido constituída por

²⁰⁴ Nessa hipótese, não há verdadeiramente a comunicabilidade dos bens decorrente do regime da comunhão parcial, mas sim um condomínio decorrente da própria transmissão dos bens em nome de ambos os cônjuges.

²⁰⁵ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família... op. cit. p. 767.

apenas um dos cônjuges antes do casamento ou do início da união estável, se esta recebeu, dos sócios, aportes de capital ou outros ativos industriais, tais incrementos e os eventuais reflexos diretos no crescimento da sociedade, devem ser considerados comunicáveis.

Há, no entanto, grande divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da comunicabilidade de eventual “valorização” da sociedade, especificamente, das quotas sociais detidas pelo cônjuge, inexistindo critérios definidos para delimitar em que hipóteses o crescimento da empresa pode ser considerado comunicável e quando deve ser visto como resultado da própria atividade empresária e, portanto, incomunicável.

A maior dificuldade em relação à valorização das sociedades cujas quotas sociais pertencem a apenas um dos cônjuges é definir a natureza de tal valorização, pressuposto para a análise de sua comunicabilidade.

Se, por exemplo, a valorização da sociedade advém de aporte de capital efetuado pelos sócios, parece razoável afirmar que tal valorização seria comunicável ao cônjuge.

E isso, porque, quando o sócio aporta capital ou bens comunicáveis na sociedade, a valorização das quotas advinda de tal investimento deve, por via de consequência, ser também comunicável.

Em relação aumento de capital por meio de reinvestimento de lucros acumulados, bonificação ou juros sobre capital próprio, ainda que os valores respectivos não tenham, de fato, saído da sociedade, é possível afirmar que eles ostentam natureza de fruto e/ou rendimento, razão pela qual podem ser assim

caracterizados e considerados comunicáveis ao cônjuge, nos termos do inciso V do artigo 1.660 do Código Civil²⁰⁶. Tal entendimento, no entanto, não é pacífico.

O dissídio jurisprudencial acerca da comunicabilidade da valorização das quotas sociais pertencentes a um dos cônjuges foi analisado com precisão pelo Desembargador Pedro de Alcântara, no julgamento, pela 8ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do recurso de Agravo de Instrumento n. 0116327-14.2012.8.26.0000, em cujo acórdão se afirmou que “o que importa para o presente recurso, entretanto, é definir se o conceito de frutos abrange os lucros não distribuídos e reinvestidos, ou, em outras palavras, se estes integram ou não o patrimônio do casal”.

Para fundamentar sua decisão, no sentido de que o aumento de capital por reinvestimento de lucros não seria comunicável ao outro conjugue, o Desembargador Pedro de Alcântara se debruçou exatamente na “intenção do cônjuge que detiver a participação societária fora a de fraudar o patrimônio do casal”, o que seria também, como será adiante analisado, pressuposto para a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Na hipótese analisada, o Desembargador entendeu que os lucros reinvestidos e o consequente aumento de capital “não constituem frutos da participação societária do agravado”. Isso porque, ainda segundo o referido acórdão, o resultado positivo na atividade econômica da empresa constitui uma reserva que pode ser distribuído aos sócios ou reinvestido da própria companhia. Apenas na primeira opção, ou seja, quando os lucros forem efetivamente distribuídos, é que passariam a fazer parte do patrimônio comum.

²⁰⁶ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família... op. cit. p. 770, afirma que esta “reinversão ou reaplicação conserva o caráter que teria antes de ter sido destinada ao fundo de reserva da empresa; posto que sempre se constituirá em um ganho e como tal poderia ser atribuído à comunidade de bens da entidade familiar, mas dela foi confiscada da empresa.

Em relação à incomunicabilidade dos bens sub-rogados, tratada nos artigos 1.659, I e II, trata-se de sub-rogação real, ou seja, o bem adquirido em sub-rogação será incomunicável até o limite do valor alcançado pela venda do bem sub-rogado, comunicando-se, portanto, a parte excedente.

São, ainda, incomunicáveis, por expressa previsão do artigo 1.659 do Código Civil, as obrigações ou dívidas anteriores ao casamento, assim como as obrigações decorrentes de ato ilícito, salvo reversão em proveito do casal. Assim, se o produto do ato ilícito for revertido em proveito do casal, ambos responderão pelas obrigações patrimoniais decorrentes de tal ato. Caso contrário, apenas o responsável pelo ilícito responderá com patrimônio próprio.

Os chamados bens de uso pessoal de cada um dos cônjuges também são excluídos da universalidade patrimonial do casal, em virtude de serem considerados “patrimônio personalíssimo”.

Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, assim como as “pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes”, são também incomunicáveis ao outro cônjuge, conforme determinado nos incisos VI e VII do artigo 1.659 do Código Civil.

A justificativa pra tal exclusão é a mesma dos bens de uso pessoal, ou seja, o caráter personalíssimo de tais prestações. Deve-se atentar, no entanto, que tais proventos são incomunicáveis tão somente no momento ou por circunstância de seu recebimento.

Para SILVIO RODRIGUES, “no exato instante em que as referidas rendas se transformam em patrimônio, por exemplo, pela compra de bens, opera-se, em relação a estes, a comunhão”²⁰⁷. Acrescente-se ao exemplo dado pelo

²⁰⁷ Direito Civil, v.6, direito de família. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183.

autor, que na hipótese de tais valores serem mantidos em uma aplicação financeira em nome do cônjuge, tornar-se-iam comunicáveis no mês seguinte ao recebimento.

E isso porque, a partir do momento que tal quantia não foi despendida, tornando-se uma aplicação financeira, deve ser considerada patrimônio comum ao casal para todos os efeitos.

Em relação ao regime da comunhão universal de bens, trata-se da completa comunicabilidade entre os cônjuges, dos bens futuros e pretéritos, assim como das dívidas contraídas, ainda que individualmente e antes do casamento, por cada cônjuge.

Ainda assim, algumas categorias de bens são excluídas da comunhão, ainda que com caráter bastante restrito. São eles, nos termos dos incisos do artigo 1.668 do Código Civil, os bens doados ou herdados (assim como os sub-rogados em seu lugar), com a cláusula de incomunicabilidade; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade e, por fim, os bens referidos nos incisos V a VIII do art. 1.659, já analisados.

Em relação às dívidas, comunicam-se aquelas constituídas na vigência do casamento, ou, quando antes, se reverteram em proveito comum.

Nesse contexto, tratando-se de dívidas incomunicáveis, o credor pode penhorar livremente a metade do patrimônio do casal, de titularidade de qualquer um dos cônjuges, em atenção à regra da comunhão universal de bens.

Já no regime da separação de bens, nem os bens, nem as dívidas comunicam-se entre os cônjuges em razão do casamento. Ou seja, os bens

anteriores e também aqueles adquiridos na constância da união conjugal permanecem no patrimônio e sob a titularidade daquele em nome de quem estiverem registrados.

Por via de consequência, cada cônjuge permanece exclusivamente responsável pela administração e custeio das despesas atinentes aos bens que lhe pertencerem. Nos casamentos ou uniões estáveis sob o regime da separação de bens, não havendo que ser falar em partilha de bens, propriamente dita, não há, em tese, interesse na eventual aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ante a ausência de bens comuns.

Por fim, o regime da participação final nos aquestos é uma novidade introduzida na legislação pátria pelo Código Civil de 2002, em substituição ao antigo regime dotal.

É considerado um regime complexo, sem tradição na experiência brasileira, agregando elementos da comunhão parcial, da separação convencional e também de apuração contábil de ativo e passivo²⁰⁸, por isso também chamado de “regime contábil”²⁰⁹.

A participação final nos aquestos funciona como uma separação de bens durante a vigência do casamento e, por ocasião de sua dissolução, adquire contornos da comunhão parcial de bens e do chamado regime contábil.

E isso, porque, enquanto perdurar a união conjugal, cada cônjuge possuirá seu patrimônio próprio, com toda a liberdade atinente ao regime da separação convencional de bens, de livre administração. No entanto, por ocasião do divórcio, e consequente partilha de bens, o regime de aproxima da comunhão parcial, devendo ser feito um “cálculo contábil” para se verificar a extensão do patrimônio

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. direito civil: famílias, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 356/357.

²⁰⁹ CHINELLATO, Silmara Juny. Comentários ao código civil. v. 18, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372.

comum (aquestos) que será formado pelos bens adquiridos onerosamente pelo casal, com esforço comum²¹⁰.

Nesse sentido, não se comunicam, ou integram os aquestos os bens adquiridos anteriormente ao casamento, ou adquiridos a título gratuito (herança ou doação), assim como os débitos relativos a tais bens, aproximando-se, também nesse sentido, da comunhão parcial de bens.

A diferença entre as chamadas meações²¹¹ será calculada de forma contábil sendo o saldo atribuído o ao cônjuge que permanecer com patrimônio menor do que o que seria a ele (contabilmente) cabível.

Ou seja, não é formada uma “massa de bens comuns”, mas efetivado um cálculo para se apurar a diferença contábil devida entre os cônjuges, que será liquidada, também de forma complexa, nos termos do que definem os artigos 1.675 e seguintes.

A necessidade de comprovação do esforço comum na aquisição dos bens imóveis em nome de apenas um dos cônjuges, como determina o parágrafo único do artigo 1.681, é o que distancia ainda mais o regime da participação final nos aquestos da comunhão parcial de bens, pois, neste caso, o esforço comum é presumido em relação a todos os bens e não apenas aos móveis²¹².

²¹⁰ Em relação aos bens móveis, o esforço comum é presumido, aproximando-se do regime da comunhão parcial de bens. Sobre os bens imóveis no entanto, não há tal presunção legal, mas é o cônjuge que se encontra na titularidade do imóvel quem deve comprovar que sua aquisição se deu sem esforço comum, resultando em complexa “inversão do ônus da prova”.

²¹¹ TARTUCE, Flavio (Direito civil, v. 5: direito de família. 9ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 177) observa que no regime da participação final nos aquestos, no caso de dissolução, “não há propriamente uma meação, como estabelece o Código Civil, mas uma participação de acordo com a contribuição de cada um para a aquisição do patrimônio, a título oneroso.

²¹² O artigo 1.764, parágrafo único, do Código Civil, define que “salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis”, ou seja, há uma presunção *iuris tantum* da comunicabilidade dos bens móveis, ao contrário dos imóveis, em relação aos quais há presunção de propriedade daquele em cujo nome constar no registro, cabendo, no entanto, ao proprietário, a prova de que o bem foi adquirido sem a participação do outro cônjuge.

Para a apuração dos chamados aquestos, deve ser levado em conta o momento da extinção da convivência (e não do vínculo conjugal), sendo determinada, ainda, a compensação dos bens doados ou alienados sem a autorização do outro cônjuge²¹³, gerando, neste caso, o direito de reivindicar o bem doado ou ter o seu valor declarado no monte partilhável.

As dívidas contraídas durante o casamento, por apenas um dos cônjuges, também não vinculam o outro, salvo se comprovado que tenham revertido em benefício do casal. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, observa, ainda, que a inflação, um fantasma sempre a nos rondar, poderia se tornar o grande “vilão das partilhas de bens neste novo regime matrimonial”²¹⁴.

Como já se podia imaginar, por sua complexidade e distanciamento da cultura jurídica brasileira, a participação final nos aquestos não possui muita aderência no Brasil, reservando-se a casais que empreendem individualmente e estão bastante familiarizados com os termos da lei, assim como com cálculos necessários para o arbitramento do valor dos créditos devidos de parte a parte.

Para o que importa ao objeto do presente estudo, necessário salientar, na esteira de ROLF MADALENO, que em razão da livre administração dos bens pelos cônjuges, durante a constância da união conjugal, o regime da participação final nos aquestos “mostra-se frágil e propenso a fraudes”, sendo “extensa e imensurável a possibilidade de dano à meação conjugal do cônjuge desatento de seus direitos”²¹⁵.

Com efeito, para fins de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por ocasião da partilha de bens, o regime da participação final nos

²¹³ Outra diferença em relação ao regime da separação convencional de bens é que, na participação final nos aquestos o cônjuge, ainda que titular de bem imóvel em nome próprio, necessitará da autorização do outro cônjuge para aliená-lo.

²¹⁴ Instituições de direito civil..., v. 6, op. cit. p. 236.

²¹⁵ A desconsideração... op. cit. p. 130.

aquestos, assim como os demais regimes que preveem algum tipo de comunicabilidade de bens – comunhão parcial e comunhão universal – é campo em que há espaço para manobras societárias contrárias à finalidade da pessoa jurídica que podem, eventualmente, ensejar a aplicação da *disregard*.

10.2 Divórcio e partilha

Talvez seja pela crescente “facilitação do acesso” ao divórcio levada a efeito nas últimas décadas, talvez seja pela modificação do perfil das relações pessoais na pós modernidade tecnológica, mas o fato é que o número de casais que se casam, assim como que se divorciam, aumentou bastante nas últimas décadas.

A conclusão é simples: as pessoas estão casando mais e permanecendo menos tempo casadas.

Segundo pesquisa divulgada pelo jornal Folha de S. Paulo, com dados colhidos pelo IBGE²¹⁶, o número de casamentos, para cada grupo de mil habitantes, passou de 5,6 em 2002 para 6,9 em 2011. Os divórcios, por sua vez, adotando-se o mesmo critério, foram de 1,4 em 2002 para 2,6 em 2011, ou seja um aumento proporcionalmente ainda maior do que o dos casamentos.

Nesse contexto, com a majoração do número de casamentos e um aumento ainda maior na quantidade de divórcios, têm se multiplicado na mesma proporção, as tentativas de fraudar, no sentido mais genérico do termo, o ex-cônjuge ou os próprios filhos por ocasião da extinção do vínculo matrimonial.

²¹⁶ Site do jornal Folha de S. Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1388286-cresce-numero-de-casamentos-mas-unioes-duram-menos.shtml> acessado em 06/12/14.

Considerando, ainda, que as tentativas de fraude à meação são cada vez mais sofisticadas, muitas vezes com utilização abusiva de pessoas jurídicas, em desvio de finalidade, faz-se necessário o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em sua modalidade inversa, que pode ser utilizada como eficaz instrumento para tornar sem efeito as tentativas de fraude à partilha de bens.

Antes, no entanto, de se passar especificamente à análise da aplicação da *disregard* na partilha de bens, é importante que se trace um breve panorama atual das figuras do divórcio e da partilha de bens.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, que alterou o artigo 226, § 6º da Constituição Federal, suprimindo do referido dispositivo quaisquer requisitos para a dissolução do casamento pelo divórcio²¹⁷, nos afiliamos à corrente, majoritária, de que a separação judicial ou extrajudicial foi excluída do sistema jurídico brasileiro²¹⁸.

Assim, no atual panorama jurídico brasileiro, o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, que pode ser judicial ou extrajudicial²¹⁹, pela morte de um dos cônjuges ou, ainda, pela nulidade ou anulação do casamento, nos termos do artigo 1.571 do Código Civil.

²¹⁷ Referido dispositivo constitucional tinha a seguinte redação original: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos”. Em sua redação atual, possui o seguinte teor: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

²¹⁸ Nesse sentido, o entendimento de, entre outros, PAULO LÔBO (Direito civil... op. cit. p. 151), MARIA BERENICE DIAS (O direito das... op. cit. p. 306), ZENO VELOSO (O novo divórcio e o que restou do passado, *in* Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 7, n. 38, set/out. 2010, Porto Alegre: Magister, p. 56-59) e FLAVIO TARTUCE (Direito civil... op. cit. P. 193).

²¹⁹ A Lei 11.441/2007 determina que poderão ser efetivados extrajudicialmente, por escritura pública lavrada por Cartório de Notas, os divórcios consensuais, desde que o casal não tenha filhos menores.

PABLO STOLZE GOGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO definem o divórcio como sendo a “medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, a extinção de deveres conjugais”.²²⁰

Por dispensar quaisquer requisitos para a sua decretação, o divórcio pode ser considerado um direito potestativo²²¹ que qualquer dos cônjuges possui a partir do dia seguinte ao casamento, uma vez que também não há prazo mínimo para os cônjuges postularem a sua decretação.

O divórcio pode ser litigioso ou consensual, não obstante esta última via não encontre expressa previsão Código Civil, sendo, no entanto, unanimemente aceita.

Com a dissolução do vínculo conjugal, pelo divórcio, é também extinta a sociedade conjugal e, evidentemente, o casamento em si. Os cônjuges passam a ostentar o estado civil de divorciados procedendo-se, se houver patrimônio comum, à partilha dos bens.

Além da partilha, que pode ser feita de modo concomitante ou posterior ao decreto do divórcio, deve ser definido o regime de guarda e de visitas dos filhos menores, a manutenção ou não do nome de casados, assim como a definição de eventual pagamento de pensão alimentícia ao cônjuge e/ou aos filhos.

O descumprimento de outras obrigações correlatas ao divórcio, tais como o pagamento de pensão alimentícia ou o desrespeito ao regime de guarda ou de visitas não pode impedir a decretação do divórcio e a partilha dos bens do casal. A efetivação da partilha, por sua vez, também não pode ser considerada um

²²⁰ Novo curso de direito civil, v. 6, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 526.

²²¹ Assim o classificam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, Novo curso... op cit. p. 540.

requisito ou obstáculo para a dissolução do vínculo conjugal, como prescreve o artigo 1.581 do Código Civil²²².

Conforme o regime de bens eleito pelo casal, pode ou não existir patrimônio comum a ser dividido. Como visto nos capítulos anteriores, para o presente estudo, possuem maior relevância os regimes da comunhão universal e parcial de bens, assim como a participação final nos aquestos, muito embora este último seja muito pouco utilizado na prática.

Estipulado, portanto, qual é o “rol de bens” partilhável, conforme o regime adotado pelo casal, tais bens devem ser divididos na proporção de 50% para cada cônjuge.

Quando a partilha de bens é efetivada de modo litigioso, ou seja, quando os cônjuges não estão de acordo quanto ao monte mor divisível, cabe ao juiz, atendendo aos pedidos das partes, delimitar os bens que passarão a compor o acervo partilhável.

Nessas hipóteses, o juiz, na maioria das vezes, opta por simplesmente dividir cada bem comum na proporção de 50% (metade) para cada cônjuge, ante a impossibilidade de se imiscuir nas subjetividades contidas nas preferências dos cônjuges por um ou outro bem, assim como para se evitar as longas e dispendiosas avaliações e eventuais injustiças decorrentes de estimativas equivocadas. Nessa hipótese, não obstante a concretização da partilha de bens, os cônjuges passam a ser condôminos o que, certamente, não é a melhor opção para ambos, em se tratando de uma dissolução de casamento.

Somente quando a partilha de bens é efetivada de modo consensual, ainda que essa composição tenha sido alcançada após um longo litígio, é que

²²² Ainda anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça havia editado a Súmula 197, que dispunha: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

as partes são capazes de otimizar a divisão de bens, para que cada um permaneça com a parte do patrimônio com o qual possui maior identificação, por quaisquer razões subjetivas, práticas ou pessoais.

Efetivada a partilha dos bens, seja judicialmente ou extrajudicialmente, a sentença transitada em julgado ou a escritura de partilha constituirão título hábil para a transferência de bens imóveis (ou móveis, quando necessário) para aquele cônjuge que os tiver recebido em pagamento de sua meação.

É exatamente na partilha de bens, como ressalta GUILHERMO BORDA, o campo em que, com maior frequência, ocorre a “*utilizacion del velo societário em prejuicio de los derechos del conyuge*”²²³, citando, como exemplo, a constituição de uma nova sociedade pelo marido, na qual fora aportado mais de 90% do patrimônio do casal, pouco tempo antes da propositura da ação de divórcio. Neste exemplo citado pelo autor, essa sociedade teve sua personalidade jurídica desconsiderada.

MARIA BERENICE DIAS observa que “segundo orientação doutrinária e jurisprudencial, o instituto [desconsideração] passou a ser utilizado no direito das famílias”²²⁴. O exemplo mencionado pela jurista gaúcha é a hipótese de “o cônjuge aproveitar-se para registrar os bens móveis e imóveis em nome da empresa da qual ele participa, infortunando o patrimônio social.”²²⁵

PAULO LÔBO também aponta a partilha de bens como sendo o principal campo de aplicação do artigo 50 do Código Civil nas relações familiares. Segundo o autor, a *disregard* deve ser aplicada sempre que se constatar:

²²³ *La persona jurídica y el corrimiento del velo societário*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000, p. 90/91.

²²⁴ Direito das.... op cit. P. 340.

²²⁵ Direito das.... op cit. P. 340.

que o cônjuge empresário – ou companheiro, na dissolução da união estável – de pessoa jurídica que integre como sócio, pôs, sob a titularidade desta, bens que deveriam ingressar na comunhão, ou que deveriam estar sob sua própria titularidade, de modo que esses bens pudessem responder por suas dívidas pessoais²²⁶.

ROLF MADALENO, por sua vez, reconhece que é na dissolução judicial do casamento ou da união estável que se “encontra, de igual, largo amparo a correlata aplicação processual da desconsideração da personalidade da sociedade empresária”²²⁷.

De fato, em diversas hipóteses, que serão adiante abordadas, a pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva, em inequívoco desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nas quais o cônjuge lesado pode não dispor de qualquer outro remédio no ordenamento jurídico para resistir àquela lesão ao seu patrimônio.

Nesses casos, deve ser aplicada a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica a fim de que, sem qualquer prejuízo à sociedade, seus demais sócios ou credores, sejam buscados, especificamente, aqueles bens que fazem parte, efetivamente, do patrimônio particular do casal.

É de se ressaltar que o risco social envolvido na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na partilha dos bens do casal, desde que respeitados seus pressupostos objetivos e subjetivos, é bastante reduzido pois o patrimônio que será “buscado” dentro da sociedade, nunca pertenceu ou não deveria ter pertencido, de fato, à pessoa jurídica, mas sim ao sócio fraudador.

Desse modo, não há que se cogitar da ocorrência de prejuízos aos demais sócios ou credores da sociedade, uma vez que a desconsideração de

²²⁶ Direito civil... op. cit. p. 161.

²²⁷ A desconsideração judicial... op. cit. p. 171.

sua personalidade jurídica atingirá tão somente os bens de titularidade da sociedade que, de fato, nunca pertenceram a ela.

10.3 A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens

Como já abordado no presente trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica, principalmente em sua vertente inversa, deve ser aplicada única e exclusivamente quando se mostrar como único meio disponível ao lesado para fazer cessar eventual prejuízo a ele imposto em razão da abusiva utilização do véu societário por parte do sócio.

Nesse contexto, exatamente em decorrência das graves consequências advindas da aplicação de tal instituto, abordadas com profundidade por WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR²²⁸ e MARCIO TADEU GUIMARÃES NUNES²²⁹, a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser admitida quando a parte lesada dispuser de outro remédio menos drástico, que ataque o ato lesivo em si e não a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica.

Os critérios ou requisitos objetivos a serem observados para a aplicação da *disregard* são, como já mencionado, a utilização abusiva da personalidade jurídica mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

No âmbito do direito de família e sucessões, é frequente a verificação de confusão patrimonial entre as pessoas físicas dos sócios e as sociedades, principalmente tratando-se de sociedades familiares.

²²⁸ Responsabilidade dos sócios... op cit.

²²⁹ Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica... op cit.

Proposital ou não, a confusão patrimonial pode, frequentemente, lesar o direito à meação de um dos cônjuges, sem que nenhum ato ilícito, como fraude ou simulação, propriamente ditos, tenham sido praticados, ensejando, por via de consequência, a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A confusão patrimonial ocorre sem que seja necessária a perquirição de eventual dolo do sócio/cônjuge, quando a sociedade adquire patrimônio completamente estranho ao seu objeto social, sendo certo que, à toda evidência, por sua natureza, tais bens deveriam pertencer ao sócio.

Há, portanto, confusão patrimonial, admitindo a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, quando, por exemplo, uma sociedade da qual apenas um dos cônjuges é o sócio controlador (e que, nesta hipótese, tenha sido constituída antes do casamento, sendo incomunicáveis as respectivas quotas sociais) adquire o imóvel residencial em que vive toda a família, assim como os veículos por todos utilizados, a casa na praia e outros bens de natureza diversa, sendo todos eles estranhos ao objeto social da companhia. Neste caso, ressalvadas hipóteses excepcionais, é evidente a ocorrência de confusão patrimonial e abuso da personalidade jurídica, uma vez que tais bens, totalmente estranhos ao objeto social da pessoa jurídica, deveriam ter sido adquiridos pelo sócio, com dividendos recebidos da sociedade.

Neste cenário fictício, em que as quotas sociais da pessoa jurídica não são comunicáveis ao outro cônjuge, é evidente a utilização abusiva da pessoa jurídica, em confusão patrimonial, com escopo de fraudar eventual partilha de bens pertencentes ao sócio.

A aquisição direta, pela pessoa jurídica, de “bens inequivocamente particulares” dos sócios controladores configura, em princípio, artifício para segregar tal patrimônio de eventual divisão conjugal.

É certo, outrossim, que a fraude à meação raramente ocorre no momento do divórcio em si. O desvio patrimonial normalmente se dá por ocasião da

aquisição do bem, ou, ainda, em posterior manobra societária com escopo de transferir o patrimônio da titularidade de um dos cônjuges para a pessoa jurídica, distanciando os direitos de meação do outro cônjuge sobre o referido bem.

Acerca deste aspecto, destaca GILBERTO GOMES BRUSCHI que “essa fraude não ocorre no exato momento da dissolução dos laços conjugais, mas num momento anterior, quando um dos cônjuges ou companheiros adquire bens de grande monta, mas os registra em nome da empresa em que figura como sócio controlador”²³⁰.

Em seguida, conclui o autor:

Ao sentir sua união em crise, o cônjuge empresário e fraudador faz com que desapareçam os bens que antes estavam em nome da sociedade e, com eles, toda a proteção prevista em lei para o patrimônio de sua esposa²³¹.

Importante ressaltar que, nestas hipóteses, não se configura qualquer prejuízo aos demais sócios ou credores da sociedade, uma vez que os bens inequivocamente pertencentes à pessoa física do sócio, nunca foram, de fato, considerados parte do patrimônio da sociedade.

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA chega à mesma conclusão analisando a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica na partilha de bens, afirmando que “se o sócio transferiu indevidamente patrimônio para a sociedade, a desconsideração dessa transferência não muda a situação dos demais credores da sociedade, os quais não podem contar com o patrimônio indevidamente transferido para ela”²³².

²³⁰ Aspectos processuais... op. cit., p. 132.

²³¹ Aspectos processuais... op. cit., p. 133.

²³² Desconsideração da personalidade jurídica... op.cit. p. 66

Por outro lado, ainda tais bens tenham sido adquiridos com recursos da sociedade, certamente o foram com a utilização de dividendos não distribuídos àquele sócio fraudador.

Aplicando-se os requisitos objetivos especificados no decorrer do presente trabalho, verifica-se que não há, em tais hipóteses, qualquer outro remédio jurídico capaz de restituir os referidos bens ao monte partilhável. De fato, não se percebe a ocorrência de simulação ou outro vício do negócio jurídico que possa ser comprovado, sendo imperiosa, portanto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Sob outro aspecto, tratando-se de sociedade da qual apenas marido e mulher sejam sócios e cujo objeto social seja exatamente a administração de bens próprios, não há, em princípio, que se falar em desconsideração da personalidade jurídica em razão da transferência (ou aquisição) de bens para a referida sociedade, pois a simples partilha das quotas sociais não prejudicará a meação de qualquer dos cônjuges. Até porque, tendo a sociedade a finalidade de administração de bens, não se pode inferir sua utilização abusiva sem que tenha ocorrido algum movimento de dissipação fraudulenta de bens a terceiros ou outras sociedades.

Caso, entretanto, antes da dissolução do vínculo matrimonial, a sociedade, por meio do cônjuge/sócio controlador, se desfaça de qualquer bem, sem receber a contraprestação devida, haverá de ser investigada, antes de se cogitar a aplicação da *disregard*, a ocorrência, por exemplo, de simulação, para que, nesta hipótese, seja declarada a nulidade do ato. Esse mesmo raciocínio vale para o cônjuge que, às vésperas da decretação do divórcio, cede ou aliena sua participação na sociedade que é proprietária do patrimônio familiar, também sem o recebimento do preço equivalente ao valor de mercado de tais quotas sociais.

Verificando-se que a referida cessão de quotas, como *sóci* acontecer, ocorreu de forma simulada, bastará a decretação da nulidade de tal negócio jurídico para que a participação do cônjuge na sociedade retorne ao rol de bens

partilháveis, sem a necessidade de se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica²³³.

De qualquer modo, não se pretende, no presente trabalho, tratar de forma casuística todas as possibilidades fáticas que podem ensejar a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito de família e sucessões, mas apenas elencar critérios objetivos para se investigar a presença dos pressupostos para aplicação da desconsideração, trazendo-se, apenas a título exemplificativo, algumas hipóteses de cabimento.

Assim, antes de se cogitar a aplicação da *disregard* na partilha de bens, com base na ocorrência de abuso da personalidade jurídica e confusão patrimonial, deve ser examinado se houve qualquer ato simulado de transferência de bens, hipótese em que deverá ser postulada a declaração de nulidade do ato – e não a desconsideração da personalidade jurídica. Caso os referidos bens tenham sido excutidos do patrimônio do casal por vias absolutamente lícitas ou adquiridos diretamente pela

²³³ ROLF MADALENO (A desconsideração... op cit. P. 173) elenca hipótese de cessão simulada de participação societária como “clara hipótese” de aplicação da *disregard*, com a qual, respeitando a abalizada opinião do autor, ousamos discordar: “Noutras ocasiões, o parceiro que já vinha computando os bens conjugais no patrimônio da empresa de que só ele participa como bem apresto, preocupado com a partilha judicial da valorização da sociedade empresária, pode, pura e simplesmente, às vésperas de seu intento separatório, antes mesmo de denunciá-lo à mulher, efetivar a sua aparente retirada da sociedade, transferindo sua participação para outro sócio, mero *presta nome* e, depois de judicial ou extrajudicialmente separado, ou dissolvida a sua união estável, retornar à empresa e à livre administração daqueles bens societários que representavam significativa parcela do acervo comum, a tudo conferindo ares de legalidade, vale dizer, negócio jurídico perfeito do ponto de vista do direito e da forma, reunindo todas as condições de existência e validade exigidas pela lei, além de certamente obedecer a todas as regras de publicidade, porém essa dissimulação foi justamente o meio empregado para prejudicar os direitos de participação do cônjuge na partilha dos bens ou na requisição dos meios de sobrevivência e, quando isso ocorre com a interposição de terceiros como pessoa jurídica ou pessoa natural, é evidente que o cônjuge ou parceiro atingido em seu direito pode e deve recuperar seus aportes desviados do casamento ou da união estável”. Ora, não se pode afirmar que a “sua aparente retirada da sociedade” pode ser considerada um ato jurídico irretocável, que preenche “todas as condições de existência e validade exigidas pela lei”. Se o cônjuge doou as quotas, tal doação pode ser considerada nula. Se vendeu, há de se investigar se o preço da venda foi efetivamente pago e se correspondia ao valor de mercado das quotas alienadas. Muito provavelmente, o cônjuge, neste caso, simulou um negócio jurídico, que pode ser declarado nulo, retornando-se ao *status quo ante*, sem a necessidade de aplicação da teoria da desconsideração.

pessoa jurídica em um negócio formalmente irretocável, e se a partilha das quotas sociais não for possível ou eficaz ao cônjuge lesado, poderá ser então desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade para que tais bens passem a integrar, diretamente, o rol partilhável aos cônjuges.

Fora do espectro da confusão patrimonial, ou seja, quando pessoas físicas e jurídicas possuem patrimônios próprios e bem delimitados, a personalidade jurídica pode também ser desconsiderada nos casos de desvio de finalidade. São as hipóteses em que um dos cônjuges efetua transferências patrimoniais envolvendo pessoas jurídicas das quais é sócio, cede ou dissolve sua participação societária, ou, ainda, se utiliza de outros artifícios fraudulentos em prejuízo dos direitos de meação do outro cônjuge.

Tratando-se de união estável, quando não há necessidade da outorga marital para a transferência de bens imóveis de propriedade comum aos cônjuges, torna-se ainda fácil para aquele que pretende fraudar a meação de sua companheira, utilizar-se abusivamente de pessoas jurídicas para tentar se furtar à divisão igualitária dos bens comuns.

No entanto, assim como nos casos de confusão patrimonial, nas hipóteses em que há transferências patrimoniais, seja dos sócios para a sociedade, seja de uma sociedade para outra, ou, ainda, a cessão ou diminuição da própria participação societária, deve ser verificado inicialmente, se não se está diante de um ato simulado. Ou seja, se o cônjuge ou companheiro simulou uma integralização ou uma doação de bens à sociedade ou, ainda, uma compra e venda sem qualquer pagamento, o remédio correto, e mais seguro ao sistema jurídico, é o pleito declaratório de nulidade do ato simulado, nos termos do artigo 167 do Código Civil, sem cogitar-se a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Na hipótese de se verificar que o ato jurídico engendrado pelo cônjuge, de fato, não padece de qualquer vício que possa ser comprovado, é que

deve se passar à análise do preenchimento dos requisitos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA fornece excelente exemplo de aplicação da *disregard* na partilha, em razão da transferência de bens pertencentes ao casal para pessoas jurídicas:

Por exemplo, o marido, percebendo que seu casamento vai chegar ao fim, convence sua esposa a transferir os imóveis que o casal adquiriu ao longo da sua união para uma sociedade limitada na qual cada um teria metade das quotas representativas do capital social. O marido alega que a transferência é uma boa medida para facilitar a administração dos imóveis e inclusive a venda deles, se necessário, pois esta poderia ser feita por meio de um contrato de cessão de quotas, menos custoso do que as escrituras públicas que normalmente são utilizadas para instrumentalizar a compra e venda de imóveis. Em seguida, o marido sugere que ambos cedam suas quotas da sociedade limitada para uma *offshore company*, sociedade localizada no Panamá, país onde a lei permite que a integralidade do capital social seja representada por ações ao portador. Alega, para tanto, que naquele país os impostos são mais reduzidos que no Brasil, e, se alguém quiser comprar os imóveis do casal, bastará entregar as ações ao portador, representativas da integralidade do capital social da sociedade panamenha para o comprador, que este se tornará controlador da sociedade panamenha, e da brasileira, e, logo, proprietário dos imóveis. Em seguida, após ser feita a cessão das quotas para a sociedade panamenha, o marido fica com as ações ao portador da *offshore company* e ajuíza a ação de separação em face da esposa, alegando que não existem bens imóveis em nome do casal para partilhar. Formalmente, a proprietária dos imóveis será a sociedade brasileira, controlada pela panamenha, mas na prática, o marido

continuará a usufruir dos imóveis e a dispor deles quando entender conveniente, pois é o controlador de ambas as sociedades²³⁴.

Importante ressaltar que, no exemplo fornecido por ANDRÉ PAGANI, em razão da participação da esposa em todos os atos societários, aparentemente lícitos, não haveria outra opção à lesada, senão buscar a desconsideração da personalidade jurídica tanto da empresa nacional, como também da *offshore*, para que os bens que pertenciam ao casal fossem diretamente partilhados nos autos da ação de divórcio, como se nunca tivessem deixado de compor o rol de bens comuns.

O mesmo autor conclui, nesse sentido, que “para reprimir certos tipos de ilícitos, a personalidade jurídica (e a autonomia patrimonial que ela resulta) deve ser desconsiderada no caso concreto”. Lembrando-se, ainda, para o fim de demonstrar a inaplicabilidade de outro remédio jurídico para a situação, que:

O marido objetivou burlar as regras pertinentes ao regime de bens de seu casamento, e não a garantia geral dos credores, hipótese em que poderia ser utilizada a *ação pauliana*. Daí a importância da desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso para o combate eficaz à fraude contra o regime de bens entre os cônjuges²³⁵.

Em obra coletiva coordenada por ROLF MADALENO, ARNALDO RIZZARDO elenca doze hipóteses fáticas em que poderia, em tese, ser determinada a desconsideração da personalidade jurídica²³⁶, dentre as quais se percebe casos em que há a efetiva necessidade de aplicação do instituto e outras em que é evidente a ocorrência de simulação, quando, para nós, não há razão para a desconsideração da personalidade jurídica.

²³⁴ SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

²³⁵ Desconsideração da personalidade jurídica..., op. cit. p. 66.

²³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e efeitos da participação social do cônjuge na sociedade. In Direitos fundamentais do direito de família, MADALENO, Rolf; WALTER, Belmiro Pedro; (coords.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57.

Dentre as hipóteses trazidas pelo referido autor, aquelas em que, segundo a linha teórica adotada no presente trabalho, não seria necessária a desconsideração da personalidade jurídica, pode-se citar a “aparente retirada de um cônjuge da sociedade da qual faz parte, às vésperas da separação conjugal”; “a transferência da participação societária a outro sócio, ou mesmo a estranho, com o retorno depois da separação”, “a transferência de bens particulares ou do casal para a sociedade, como de veículos, escritórios, apartamentos”²³⁷. Com efeito, todos os atos jurídicos acima citados parecem, a primeira vista, ser evidentemente simulados. Até porque, não sendo negócios simulados, em tese, não há qualquer redução do monte mor partilhável, desde que o valor a eles correspondentes tenham ingressado no patrimônio familiar, como contraprestação.

Ora, se o cônjuge retira-se de sociedade da qual faz parte, recebendo integralmente seus haveres, o valor respectivo substituirá as quotas na partilha de bens. O mesmo raciocínio pode ser feito a respeito da transferência da participação societária a outro sócio ou, ainda, a transferência de bens particulares à sociedade. Nestes casos, o prejuízo ocasionado ao cônjuge estaria diretamente ligado à eventual ocorrência de simulação, hipótese em que haveria a saída dos bens do rol partilhável, sem que tenham sido substituídos por valores ou outros bens correspondentes.

Outras situações concretas, algumas citadas pelo referido autor, ensejariam extrema dificuldade para comprovação de qualquer ato ilícito e poderiam, em princípio, justificar a desconsideração da personalidade jurídica, tais como: a integralização de bens móveis²³⁸ em sociedade cujas quotas sociais são incomunicáveis ao outro cônjuge; a alteração do estatuto social, com a redução das quotas ou patrimônio da sociedade; a transformação de um tipo de sociedade em outro,

²³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e efeitos da participação... op. cit. p. 57.

²³⁸ Não se menciona a integralização de bens imóveis pertencentes ao casal, uma vez que seria necessária, nesta hipótese, a outorga marital do outro cônjuge. Neste caso, caso o cônjuge lesado tenha anuído com a referida transferência, caberia a ele a prova de sua boa-fé ou de qualquer vício do consentimento.

como, por exemplo, uma sociedade por quotas em anônima, com a redução do valor das ações ou das quotas, ensejando uma estimativa acentuadamente menor que a dos bens levados à sociedade; entre outros mecanismos societários que impliquem na diminuição do patrimônio do cônjuge fraudador²³⁹.

São inúmeras, como visto, as possíveis manobras societárias que podem ser perpetradas com escopo de fraudar a meação do cônjuge, cujo estudo casuístico foge ao escopo do presente trabalho. O que importa, na verdade, é que o mesmo critério seja aplicado diante de qualquer caso concreto que possa representar efetivo prejuízo a um dos cônjuges, ocasionado pela utilização abusiva de uma sociedade.

Assim para a apropriada aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por ocasião da partilha de bens, é necessário que, inicialmente, seja investigada a eventual ocorrência de atos simulados ou fraudulentos que possam ser objeto de anulação ou declaração de nulidade, para, apenas em último caso, buscar-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, desde que presentes os critérios objetivos e subjetivos inafastáveis para a aplicação do instituto.

Apenas deste modo, esse utilíssimo, mas ainda novo instituto positivado no artigo 50 do Código Civil poderá ser adequadamente aplicado sem colocar em risco a própria limitação de responsabilidade das pessoas jurídicas.

²³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Casamento e efeitos da participação... op. cit. p. 57

11. O dever alimentar e a prova da capacidade financeira do alimentante

Prescreve o artigo 1.694 do Código Civil que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir, uns aos outros, os alimentos que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de educação.

As regras que definem os sujeitos alimentares ativos e passivos, assim como as que buscam delimitar o objeto da pensão alimentícia, como quase todas as normas de direito de família, passaram por relevantes mudanças nas últimas décadas. Foram, de um dever quase que exclusivamente relativo ao marido e pai, em prol da cônjuge *desquitada* ou dos filhos, antes da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), para uma obrigação recíproca, devida entre parentes em geral, sem quaisquer requisitos de gênero e distante dos antigos critérios de honestidade, castidade e inocência que as cercavam²⁴⁰.

O sistema assistencial que está por trás da doutrina dos alimentos está intimamente ligado a princípios fundamentais, como a vida, a dignidade e a própria sobrevivência. Do mesmo modo, é inegável o interesse público em matéria de alimentos. Quando aqueles que se encontram à míngua de recursos podem se socorrer de ex-cônjuges e outros parentes, o Estado é desonerado de eventuais custos advindos da supressão das necessidades básicas desses indivíduos. Para SILVIO DE SALVO VENOSA, a “obrigação alimentar interessa ao Estado, à sociedade e à família”²⁴¹.

Seja em prestações pecuniárias ou em pagamento direto *in natura*, abarcando todo o necessário para a vida e afirmação da dignidade do

²⁴⁰ Para MARIA BERENICE DIAS (Manual de direito... op. cit. p. 529), para fazer jus aos alimentos, no início da década de 70, “a mulher precisava provar não só a sua necessidade, mas também que era pura e recatada, além de fiel ao ex-marido, é claro”.

²⁴¹ Direito civil...v. 6 op. cit.. 393.

indivíduo²⁴², os alimentos possuem importância fulcral na pacificação social, “amparados no princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional”.²⁴³

De uma maneira ampla, os alimentos podem ser definidos como sendo a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-lo de outrem, como necessária à sua manutenção.²⁴⁴ CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA complementa que não se trata de favor ou generosidade, mas sim de uma obrigação judicialmente exigível²⁴⁵.

Como direito fundamental, ligado diretamente ao direito à vida, de caráter personalíssimo, indisponível, irrenunciável, irrepetível e impenhorável²⁴⁶, o direito a alimentos é, e deve ser, protegido de quaisquer tentativas de fraude.

Atualmente, além dos cônjuges e dos companheiros, também os parentes são obrigados a prestar alimentos. Assim, os parentes em linha reta serão sempre chamados a prestar alimentos, quando necessário, preferindo os mais próximos aos mais distantes, em graus. Os genitores, portanto, devem pagar alimentos aos filhos, podendo tal obrigação recair sobre os avós ou bisavós dos alimentandos caso nenhum daqueles tenha condições de arcar com tal obrigação, conforme determina o artigo 1.696 do Código Civil.

Já em relação aos parentes colaterais, estes também podem ser chamados a prestar alimentos na falta ou ausência de possibilidade por parte dos parentes em linha reta. No entanto, o parentesco colateral, para fins de pensão

²⁴² GAGLIANO, Palbo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Novo curso... op. cit. p. 684.

²⁴³ TARTUCE, Flavio, Direito civil, v. 5, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 468.

²⁴⁴ CAHALI, Youssef Said, Dos alimentos, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17.

²⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. V. 5, 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 534.

²⁴⁶ LÔBO, Paulo, Direito civil... op. cit. p. 374.

alimentícia, alcança somente até o segundo grau, e, mais especificamente, apenas aos irmãos (excluindo-se, portanto os tios, também parentes em segundo grau).

ZENO VENOSO afirma que a “lista dos parentes obrigados por lei a pagar alimentos é exaustiva. Não pode o necessitado reclamar judicialmente alimentos de outros parentes que não sejam descendentes, ascendentes ou irmãos”²⁴⁷.

É possível, ainda, que a pensão alimentícia seja “estendida” a um parente de grau mais distante (entre os ascendentes, descendentes ou irmãos), sem a exoneração do devedor originário, passando ambos a dividir a obrigação, de modo a tutelar adequadamente os direitos do alimentando. É a regra prevista no artigo 1.698 do Código Civil, uma inovação em relação ao sistema anterior.

O artigo 1.695 do Código Civil prescreve que são devidos os alimentos quando “quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Deve, portanto, a pensão alimentícia, ser sempre fixada conforme o binômio formado pela necessidade daquele que os pleiteia e a possibilidade ou capacidade financeira daquele que deverá arcar com tal obrigação²⁴⁸.

Por ter como um dos pilares para a sua fixação a possibilidade ou capacidade financeira do alimentante, o alimentando, ou seja, o credor da pensão alimentícia, fica à mercê de produzir provas concretas acerca de tal capacidade.

²⁴⁷ VELOSO, Zeno. Código civil comentado, v. XVII, coord. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

²⁴⁸ O artigo 1.694, § 1º do Código Civil estipula expressamente que os alimentos “devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

SILVIO RODRIGUES, a esse respeito, esclarece que a prova “dos ganhos do alimentante constitui o problema fundamental”. E prossegue:

Mas se, ao invés, o réu é trabalhador autônomo ou empresário, raramente se obtém um resultado indiscutível. Aqui a declaração de renda representa, muitas vezes, um bom elemento de prova, que pode ser completado com a verificação da movimentação bancária e de cartões de crédito²⁴⁹.

Sob outro aspecto, considerando que a inadimplência alimentar é, atualmente, a única causa no ordenamento jurídico pátrio que pode levar o devedor à prisão civil,²⁵⁰ há de ser bastante criteriosa a análise da capacidade financeira do alimentante para a fixação da verba alimentar, sob pena de submeter o devedor ao cárcere em razão de mera estipulação equivocada de valores.

Por tal motivo, e diante da imperiosidade da efetiva demonstração da envergadura patrimonial do alimentante, acaba se tornando frequente a maliciosa utilização de artifícios, pelo devedor, para tentar fraudar o legítimo direito do alimentando, escamoteando seus reais rendimentos e capacidade contributiva.

PAULO LÔBO observa que, no caso de empresários, por exemplo, não interessa o que é contabilizado como rendimentos, pois “há vários meios de burlar o credor, em situações invisíveis, com aparências legais, a exemplo de outras pessoas físicas ou jurídicas que aparecem em atividades formais, mas que estão sob controle do devedor de alimentos”. O mesmo autor observa que nessas hipóteses, a doutrina e jurisprudência “avançaram para admitir a aplicação da teoria da

²⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil..., v. 6, op. cit. p. 384.

²⁵⁰ O Superior Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 25 cujo teor é “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Um dos acórdãos que serviu de precedente representativo para a edição da referida súmula foi proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, que consignou expressamente: “Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel”.

desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*), para alcançar quem de fato a controla, permitindo apurar o real montante dos rendimentos do devedor”²⁵¹.

Por isso é que, como afirma SERGIO GILBERTO PORTO, as ações alimentares merecem uma ampla investigação probante, sem que se imponha qualquer restrição na instrução plena e arrecadação das provas, “em busca da verdade verdadeira”²⁵².

E não poderia ser diferente, uma vez que, como exposto, de um lado, há o indivíduo dependendo daqueles valores para o exercício pleno de sua dignidade e sobrevivência e, de outro, alguém que possui relevantíssima obrigação cuja pena pelo inadimplemento pode ser a prisão civil.

A distribuição do ônus probatório na ação de alimentos, em princípio, obedece à regra geral prevista no artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil. Esse entendimento, entretanto, não é unânime.

YOUSSEF SAHID CAHALI identifica certa controvérsia no sentido de que a obrigação do autor em comprovar sua necessidade alimentar poderia eclodir na imposição de produção de uma prova negativa, a chamada *probatio diabólica*²⁵³.

De fato, compartilhando da conclusão a que chegou o mencionado autor, não nos parece que a comprovação da necessidade seria uma prova negativa. Pelo contrário, a necessidade é demonstrada por fatos concretos e objetivos, que são as despesas do dia-a-dia do alimentando, afinal, “é o próprio autor que melhor

²⁵¹ Curso de direito civil... op cit. p. 378.

²⁵² Doutrina e prática dos alimentos, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

²⁵³ Dos alimentos, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 806/808.

conhece a sua situação de necessidade, e dispõe de meios adequados para demonstrá-la”²⁵⁴.

A prova acerca da necessidade do alimentando, no entanto, não é aquela que merece maior atenção ou demanda mais alentadas inquietações, uma vez que sua verificação é relativamente mais simples e, no mais das vezes, pode ser objeto de prova documental como a juntada de recibos e comprovantes de despesas, os quais demonstrarão, com razoável grau de certeza, a ordem de grandeza do valor efetivamente necessário conforme o padrão de vida experimentado pelo alimentando.

É em relação à capacidade financeira do alimentante que a doutrina se debruça com maior cautela, principalmente tratando-se o alimentante de empresário, sócio controlador de sociedades. E isso porque é exatamente por meio da pessoa jurídica, que são utilizados inúmeros artifícios com escopo de escamotear a real capacidade financeira do alimentante.

SÉRGIO GILBERTO PORTO externa preocupação com hipóteses em que a comprovação da capacidade financeira do alimentante torna-se tarefa extremamente árdua em razão da utilização da sociedade como verdadeira *nuvem de fumaça* que disfarça os reais rendimentos do alimentante:

Quando o sócio da empresa devedor de alimentos apresenta como único rendimento, para efeitos de adimplemento de obrigação alimentar, apenas insignificante *pro labore*, quando se sabe que, muitas vezes, este se constitui apenas em rendimento *pro forma*, haja vista que as empresas, ordinariamente, têm distribuição de lucros e nesta é que reside o rendimento real e efetivo²⁵⁵.

Nessas hipóteses, diante da utilização da sociedade para camuflar os reais rendimentos e capacidade financeira do alimentante, muitos – e

²⁵⁴ CAHALI, Yousef Said. Dos alimentos... op. cit., p. 807.

²⁵⁵ Doutrina e prática dos alimentos, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

respeitadíssimos - juristas, tais como ROLF MADALENO e o próprio SÉRGIO GILBERTO PORTO, entre outros, afirmam que seria hipótese de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Com a devida vênia ao entendimento dos referidos juristas, mesmo reconhecendo a enorme dificuldade enfrentada para a produção da prova acerca da capacidade financeira do devedor de alimentos, não se pode admitir, por razões teóricas, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na ação de alimentos, como será explicitado no capítulo a seguir.

11.1 A fixação da pensão alimentícia – a desconsideração atributiva e a teoria da aparência

Como já abordado no capítulo 6 do presente trabalho, a doutrina, historicamente, aponta duas principais hipóteses teóricas para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a *desconsideração atributiva* e a *desconsideração para fins de responsabilidade*, sendo que apenas essa última foi albergada pelo sistema jurídico brasileiro e se encontra positivada no artigo 50 do Código Civil.

A chamada desconsideração atributiva foi descartada por LAMARTINE CORRÊA²⁵⁶ como uma verdadeira hipótese de desconsideração da personalidade jurídica pois funciona apenas como um critério de aplicação de normas.

²⁵⁶ A dupla crise... op.cit. p. 610: “Não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato. Quando se aplique a noção de imputação, a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primariamente responsável”²⁵⁶.

Para ROLF SERIK, a desconsideração atributiva ocorre para que “as normas que tratam de qualidades ou capacidades humanas também devem ser aplicadas às pessoas jurídicas”, sendo possível, por via de consequência, “penetrar até os homens atrás da pessoa jurídica para comprovar se ocorre a hipótese de que dependa a eficácia da norma”.²⁵⁷

Como exemplos da desconsideração atributiva, são frequentemente citadas a possibilidade de atribuição de condições específicas dos sócios à sociedade, como, em situações de guerra, quando a sociedade pode ser classificada como inimiga de uma nação em razão da nacionalidade de seus sócios. Do mesmo modo, como já citado no presente trabalho, é a hipótese tratada pela súmula 486 do Supremo Tribunal Federal, que permite a retomada de imóvel locado para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social.

Ressalte-se, no entanto, que a chamada desconsideração atributiva não foi albergada pelo sistema jurídico brasileiro, sendo, portanto, defeso a aplicação do artigo 50 do Código Civil para as hipóteses de mera imputação de norma, ou seja, para possibilitar a análise do substrato da pessoa jurídica, através de seus sócios, para aplicação das leis conforme o escopo almejado pelo legislador.

Por outro lado, é frequente a aplicação, nas hipóteses de imputação de normas envolvendo pessoas jurídicas, da chamada teoria da aparência, instituto de criação relativamente recente, mas ainda anterior à desconsideração da personalidade jurídica.

Pela teoria da aparência, ou princípio da aparência, deve predominar, nas relações jurídicas no mundo moderno, o fenômeno exteriorizado em

²⁵⁷ *Aparencia y Realidad...* op cit. p. 251.

prol do fenômeno interior²⁵⁸, ou seja, quando a exteriorização se divorcia da realidade, deve-se priorizar a primeira, em homenagem aos princípios da boa-fé e da confiança.

ÁLVARO MALHEIROS afirma, a esse respeito, que “somente a partir dos últimos cem anos é que as necessidades do tráfico jurídico passaram a exigir uma fundamentação para esse princípio que faz com que a realidade seja desprezada pela aparência”²⁵⁹.

Em seguida, conclui o mesmo autor:

A aparência de direito viria, assim, inegavelmente, corresponder a uma necessidade jurídico-econômico-social, e seria, na verdade, a expressão de um ideal de Justiça e consagração de um princípio de equidade, consubstanciados na tentativa de conciliação dos ideais de segurança e de certeza de interesses que o direito visa a ordenar.

Afirmam, ainda, em idêntico senso, STOLZE GAGLIANO e PAMPLONA FILHO que, “em determinadas situações, a simples aparência de uma qualidade ou de um direito poderá gerar efeitos na órbita jurídica”.²⁶⁰

Assim, apesar de não ter sido expressamente implantada como um princípio geral na legislação civil, a teoria da aparência, indiretamente, foi inserida em dispositivos esparsos que tratam da proteção à boa-fé, do herdeiro aparente, do mandato aparente, do proprietário aparente, do credor aparente, do casamento aparente, entre outros²⁶¹.

Assim, não obstante a desconsideração atributiva da personalidade jurídica não tenha sido admitida pelo sistema brasileiro, seus efeitos

²⁵⁸ MALHEIROS, Alvaro. Aparência de direito, *in* Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, vol. 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 48.

²⁵⁹ MALHEIROS, Alvaro. Aparência de direito... op. cit. p. 41.

²⁶⁰ Novo curso de direito civil..., v. 2, op. cit. p. 122.

²⁶¹ Artigo 1.015 do Código Civil; Artigo 1.817 do Código Civil; Artigo 689 do Código Civil; Artigo 1.268 do Código Civil; Artigo 1.561 do Código Civil; Artigos 309 e 311 do Código Civil.

podem ser perfeitamente obtidos através da aplicação da teoria da aparência, que não possui as drásticas consequências advindas da superação da personalidade jurídica das sociedades.

Ocorre, no entanto, que muitos autores admitem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na ação de alimentos (e não apenas na execução de alimentos), sob o argumento de que o devedor de alimentos pode se utilizar da pessoa jurídica da qual é sócio para impedir ou dificultar que o alimentando obtenha dados concretos acerca da efetiva capacidade contributiva do alimentante, bem como de seu patrimônio.

Tratar-se-ia, sem qualquer ressalva, de hipótese de aplicação da desconsideração atributiva da personalidade jurídica, para o fim de atribuir ao sócio, as condições financeiras ostentadas pela sociedade. Não se pode, no entanto, confundir a desconsideração atributiva com a teoria inserida no artigo 50 do Código Civil, que é a desconsideração para fins de responsabilidade, como largamente abordado no presente trabalho.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que é a aplicação atécnica da desconsideração da personalidade jurídica e a consequente insegurança jurídica dela advinda que tem colocado em cheque os próprios benefícios proporcionados pela *disregard*.

Como já se afirmou, a maior dificuldade enfrentada pelo credor de alimentos é exatamente a comprovação da capacidade financeira do alimentante, que pode, muitas vezes, utilizar-se da proteção advinda da personalidade jurídica, para escamotear seus reais rendimentos, que podem permanecer represados pela sociedade, sob qualquer alcunha contábil, sem serem distribuídos diretamente ao sócio.

Nessas hipóteses, contudo, não há que se falar na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, propriamente dita, uma vez que nunca se

poderá condenar a própria sociedade a prestar alimentos, por se tratar de obrigação personalíssima.

Com efeito, a “consideração” das características financeiras da sociedade empresária, para fundamentar a fixação da pensão alimentícia devida por seu sócio, sob nenhuma hipótese, pode ser entendida como uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim como a simples aplicação da teoria da aparência.

ROBERTA MACEDO DE SOUZA AGUIAR, em uma das únicas obras que abordam especificamente o tema da presente dissertação, assevera que nas hipóteses em que o “cônjuge sócio age justamente com a intenção de dissimular a caracterização de sua situação de riqueza”, seria cabível o “pedido de desconsideração da pessoa jurídica, para que, declarado ineficaz o ato ilícito, possa o magistrado arbitrar o valor que realmente o devedor tem possibilidade de adimplir”.²⁶²

No entanto, não há, em princípio, qualquer “ato ilícito” propriamente dito, que possa ser declarado ineficaz, como sugere a autora supracitada, mas sim a ausência de distribuição de valores a que o sócio certamente faria jus.

A esse respeito, ROLF MADALENO, defensor da aplicação da desconsideração na ação de alimentos afirma, especificamente, que:

Entretanto, a *disregard* não só deve servir aos casos de insolvência alimentícia fraudulenta, mas também, ao seu arbitramento no processo ordinário de conhecimento e fixação da obrigação alimentar, como ainda em relação à sua execução judicial²⁶³.

²⁶² Desconsideração da personalidade jurídica no direito de família, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100/101.

²⁶³ A desconsideração judicial... op. cit. p. 240.

O mesmo autor, reconhece, no entanto, na mesma obra, que:

Não há como esquecer, na diuturna prática forense, ser atividade corrente no arbitramento alimentar o recurso judicial à útil teoria da aparência, sempre quando o alimentante sendo empresário, profissional liberal ou autônomo, e, até mesmo quando se apresente supostamente desempregado, embora ele circule ostentando riqueza incompatível com sua alegada carestia²⁶⁴.

Com razão ROLF MADALENO quando afirma que é por meio da teoria da aparência que se deve buscar “enxergar” o substrato da pessoa jurídica, para adequada fixação da pensão alimentícia devida por seu sócio.

E isso porque, nestas hipóteses, simplesmente não há qualquer patrimônio que possa ser buscado “dentro” da pessoa jurídica, com a eventual declaração de ineficácia de atos jurídicos, como é característica da teoria da desconsideração.

O que se pretende, nas ações de alimentos, é exatamente verificar a “aparência” de capacidade contributiva que a sociedade possui, a fim de que seja tal “aparência” estendida ao sócio, possibilitando a adequada e equilibrada fixação de sua obrigação alimentar.

É certo, deste modo, que se tratando de fixação da pensão alimentícia, não há que se cogitar da aplicação do artigo 50 do Código Civil, mas sim da teoria da aparência, buscando-se os mesmos efeitos da chamada desconsideração atributiva da personalidade jurídica, de modo mais simples e menos gravoso.

²⁶⁴ A desconsideração judicial... op. cit. p. 240/241.

11.2 A Execução de alimentos e as hipóteses de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica

Antes de se passar à análise da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da execução de alimentos²⁶⁵, faz-se necessário ressaltar que a execução de alimentos é, antes de mais nada, uma execução de título judicial e assim deve ser tratada no que pertine à aplicação da *disregard*.

Deve, portanto, ser afastada, *ab initio*, qualquer possibilidade de aplicação da desconsideração quando se estiver diante de fraude à execução ou fraude contra credores.

Como já abordado no capítulo 7.4.1 supra, a fraude contra credores é um defeito do negócio jurídico não imputável à uma falha no consentimento, mas sim no resultado da declaração de vontade, existindo intenção de impor prejuízo ao credor ao não dispor de garantia patrimonial para fazer frente ao crédito entre as partes.

Assim, caso o crédito alimentar já esteja constituído, mas ainda não tenha sido objeto de execução, ocorrendo fraude contra credores, ainda que se esteja diante de crédito alimentar, o negócio jurídico fraudulento deve ser impugnado por meio de ação pauliana.

Após a citação do devedor na ação de execução de alimentos, caso ele se desfaça de seus bens, a título gratuito ou oneroso, tornando-se insolvente, configura-se fraude à execução.

²⁶⁵ Quando se analisa a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução de alimentos, está sendo sempre considerado o rito previsto pelo artigo 732 do Código de Processo Civil, ou seja, pelo rito comum da execução de título judicial. Na execução alimentar encoada pelo rito estipulado no artigo 733 do Diploma Processual, a pena para o inadimplemento do devedor é a prisão civil, não havendo que se falar na busca de bens do devedor, a menos que haja a conversão da execução para o rito do artigo 732.

As razões pelas quais não se pode aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de fraude à execução foram abordadas no capítulo 8 supra ao qual nos remetemos integralmente.

De fato, para o credor alimentar, o resultado prático é muito semelhante se declarada a ineficácia do ato de disposição praticado em fraude à execução ou se decretada a desconsideração da personalidade jurídica, não havendo justificativa para impor à execução de alimentos um regime de exceção em relação às demais execuções de título judicial no que pertine à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto, não há dúvidas de que, diante da gravidade da desconsideração e da especialidade dos institutos, em tais hipóteses, deve ser postulado o reconhecimento de fraude à execução. Até porque, para o credor/exequente, não importa se o bem por ele buscado tenha sido transferido (em fraude à execução) para uma terceira pessoa ou para uma pessoa jurídica da qual o devedor seja sócio.

Como já exposto, na fraude à execução, o ato fraudulento é ineficaz apenas entre o credor e o devedor, não tendo importância a figura do terceiro adquirente, dispensando-se a investigação acerca de sua eventual boa-fé.

Induvidoso, portanto, respeitadas as opulentas vozes em sentido dissonante, que não se pode confundir nem baralhar as hipóteses de configuração de fraude à execução e de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Há, entretanto, casos em que, no curso da execução de alimentos, pode e deve ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica. E tal se dá, principalmente, nas hipóteses de confusão patrimonial, quando o patrimônio pessoal do devedor foi adquirido ou transferido, antes da constituição do crédito alimentar, para uma pessoa jurídica, restando o alimentante desprovido de quaisquer bens.

Não obstante partilhe de uma visão muito mais ampla acerca da aplicabilidade da *disregard*, ROLF MADALENO explica com simplicidade e precisão a principal hipótese de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica nas execuções de alimentos, ao reconhecer ser um “expediente de uso rotineiro” o devedor “esquivar-se do pagamento da dívida alimentar, escudado na circunstância de a pessoa jurídica possuir bens, enquanto seu sócio, devedor dos alimentos, vive em completa indigência”.²⁶⁶

Veja-se que, nesta hipótese, configurando-se a confusão patrimonial, não há qualquer ato fraudulento a ser anulado ou declarado nulo, mas sim uma situação fática já consolidada, na qual todo o patrimônio particular e bens de uso pessoal do devedor foram adquiridos em nome de uma pessoa jurídica por ele controlada, ou transferidos para a sociedade.

Assim, desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, por reconhecimento de confusão patrimonial, poderá o credor alimentar lançar mão de todas as ferramentas processuais de constrição de bens contra a pessoa jurídica, tais como o arrolamento de bens, penhora *on line*, penhora de bens, etc.

Saliente-se, ainda, que todas as hipóteses de cabimento da *disregard* na partilha de bens, já abordadas, são igualmente aplicáveis às ações de execução de alimentos.

A diferença essencial entre ambas é que o espectro de bens alcançáveis pela desconsideração na execução de alimentos é muito maior, uma vez que, na partilha de bens, se buscará, no patrimônio da pessoa jurídica, especificamente aquela parcela de bens que deveria ser objeto de divisão entre o casal ao passo que na execução de alimentos, o alimentando poderá penhorar e executar quaisquer bens indevidamente

²⁶⁶ A desconsideração judicial... op. cit. p. 276.

transferidos ou adquiridos em nome da pessoa jurídica, até o necessário para a garantia e o adimplemento de seu débito alimentar.

12. Sucessão legítima, testamentária e os herdeiros necessários

A sucessão *causa mortis* é a transferência, substituição ou transmissão dos direitos ativos e passivos de uma pessoa que falece para outra, ou outras, que lhe sobrevivem. O termo sucessão, em sentido amplo, significa a transferência de um ou mais direitos de uma pessoa a outra.

CLÓVIS BEVILAQUA define a sucessão como a sequência de fenômenos ou fatos que aparecem uns após aos outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. Em relação à sucessão hereditária, afirma o autor que é a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva, em virtude da lei ou da vontade do transmissor²⁶⁷.

Para ITABAIANA DE OLIVEIRA, a sucessão, em sua acepção jurídica, possui dois significados, o lato, que se refere àquela efetivada *inter vivos* e em sentido estrito, que “implica uma ideia de morte, significando um dos modos de adquirir direitos e de transmitir, total ou parcialmente, a herança às pessoas a quem é devolvida – é a sucessão *causa mortis*”²⁶⁸.

Para se analisar, em seguida, a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito sucessório, faz-se

²⁶⁷ Direito das sucessões, 2ª ed., Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1932, p. 15.

²⁶⁸ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de direito das sucessões, v. 1, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 53.

necessária uma breve abordagem acerca da sucessão legítima e dos conceitos de parte legítima e disponível.

FRANCISCO JOSÉ CAHALI define a sucessão legítima como sendo a “transmissão *causa mortis* deferida às pessoas indicadas na lei como herdeiros do autor da herança”²⁶⁹.

A herança, ou seja, o conjunto daqueles ativos e passivos que compõe o patrimônio de titularidade do falecido é transmitida aos sucessores por duas distintas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária.

Na sucessão legítima, os bens do autor da herança são transmitidos aos seus parentes sobreviventes conforme a chamada ordem de vocação hereditária, definida no artigo 1.829 do Código Civil.

A sucessão testamentária é aquela por meio da qual os bens do falecido são distribuídos aos herdeiros, parentes ou não, conforme estipulado em testamento elaborado pelo *de cujus*. O testamento, por sua vez, é a declaração de última vontade do falecido, na qual ele externa seu desejo, observadas algumas regras e limites, acerca do destino que deve ser dado aos bens que compõem o seu patrimônio.

As sucessões legítima e testamentária são parcialmente excludentes uma à outra, ou seja, será legítima caso o autor da herança não tenha deixado testamento. Caso haja uma declaração válida de última vontade, a sucessão será testamentária, aplicando-se, no entanto, as regras da sucessão legítima à parte do patrimônio não abarcada pelas disposições do falecido, nos termos do artigo 1.788 do Código Civil.

²⁶⁹ Direito das sucessões, 5ª ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 145.

A sucessão legítima, portanto, possui regramento próprio e específico, que divide os parentes do falecido em categorias, distribuindo-se os bens daquele conforme o que a lei considera que seria sua vontade presumida.

CARLOS MAXIMILIANO esclarece que a sucessão legítima tem as suas raízes na “preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e a presunção da existência da solidariedade²⁷⁰”.

Essa solidariedade familiar mostra-se ainda mais evidente quando verificado que o sistema sucessório obedece à chamada *divisão necessária*,²⁷¹ pela qual a vontade do autor da herança não pode se sobrepor ao direito de os herdeiros necessários receberem a metade da herança.

GISELDA HIRONAKA, a esse respeito, afirma que a “proteção da família é o fator de prevalência valorativa, hoje, ainda que se respeite a vontade do autor da herança, caso ele tenha produzido seu testamento e as suas deixas testamentárias dentro dos limites definidos por lei”²⁷².

Assim, o autor da herança somente pode dispor, em testamento, de 50% de seus bens, ficando, a outra metade, “reservada” aos seus herdeiros necessários.

A metade da herança da qual seu autor pode dispor é denominada disponível, ao passo que a parte destinada aos herdeiros necessários, é chamada legítima, conforme previsão do artigo 1.846 do Código Civil.

²⁷⁰ Direito das sucessões, v. 1, 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 143.

²⁷¹ CAHALI, Francisco José, Direito das sucessões... op. cit. p. 51.

²⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Morrer e duceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 357.

A exata compreensão dos conceitos de legítima, disponível e herdeiros necessários, será importante para o estudo que se fará a seguir acerca da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito sucessório.

E isso porque, as hipóteses de fraude mediante a utilização indevida da pessoa jurídica ocorrem, sempre, em prejuízo dos herdeiros necessários, destinando-se a eles, ou a alguns deles, parcela inferior ao que a lei lhes garantiria por direito.

No sistema atual, introduzido pelo Código Civil de 2002, especialmente o artigo 1.629 e seus incisos, existem cinco classes sucessórias, devendo a herança ser transmitida a uns, na ausência de outros, em um sistema de *coordenação preferencial*, ou seja, admitindo concorrência entre algumas classes de herdeiros²⁷³.

Na vigência do Código Civil de 1916, os herdeiros necessários eram somente os ascendentes e os descendentes. O atual diploma civil, entretanto, introduziu, nesse rol de parentes que gozam de especial proteção, o cônjuge sobrevivente²⁷⁴, que concorrerá tanto com descendentes, como com ascendentes, conforme o regime de bens do casamento com o autor da herança²⁷⁵.

²⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Morrer e suceder...* op. cit. p. 359.

²⁷⁴ SILVIO DE SALVO VENOSA (Código civil, v. 7, op. cit. p. 123 e 142) afirma que a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários se deu em atendimento à reclamação social, não obstante classifique como “lamentável” a redação dada pelo legislador aos artigos 1.829 e 1.832 do Código Civil.

²⁷⁵ O artigo 1.629 do Código Civil, revertendo a ordem lógica dispositiva que deve reger a técnica legislativa, estabeleceu a concorrência do cônjuge pelo regime de exceção, ou seja, determinou a concorrência como regra geral, mas excepcionou a maioria das hipóteses de concorrência, para se chegar, depois de algum esforço, à conclusão de que o cônjuge sobrevivente é herdeiro “apenas quando, no casamento sob o regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma que se dá no regime da separação convencional de bens (EUCLIDES DE OLIVEIRA, *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108).

12. 1. Vocação hereditária, a legítima, a colação e a redução

A vocação hereditária divide em classes os herdeiros que são chamados a suceder, na ordem estabelecida pelo artigo 1.829 do Código Civil. Cada inciso do referido artigo apresenta uma nova classe de herdeiros que é excludente da classe posterior.

Pode-se afirmar que as classes são excludentes entre si, sem qualquer contradição com o que se disse antes a respeito da concorrência entre classes, uma vez que o cônjuge, que concorre em várias classes, é expressamente citado em todas elas.

Assim, o inciso I do artigo 1.829 define como sendo a primeira classe de herdeiros, o descendente, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, “salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único²⁷⁶); ou se, no regime da comunhão universal, o autor da herança não houver deixado bens particulares²⁷⁷”.

São tantas as exceções estipuladas pelo legislador, que deveria ele simplesmente ter definido que o cônjuge sobrevivente concorre com o descendente do autor da herança se com ele fosse casado sob o regime da separação convencional de bens ou na participação final nos aquestos, ou, ainda, pelo regime da comunhão parcial, desde que o *de cujus* tivesse deixado bens particulares.

²⁷⁶ Está equivocada a remissão feita no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, uma vez que o regime da separação obrigatória de bens está previsto no artigo 1.641 e não no artigo 1.640.

²⁷⁷ Há, na doutrina, alguma divergência acerca do objeto da concorrência do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do autor da herança. A corrente majoritária, encabeçada por GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA (Morrer e suceder... op. cit. p. 368/369) entende “emergir da intenção do próprio legislador a determinação de que a concorrência prevista, do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, recaia apenas sobre os bens particulares deste último”. Em sentido contrário, FRANCISCO JOSÉ CAHALI e MARIA HELENA DINIZ entendem que a concorrência do cônjuge, nesta hipótese, recai sobre toda a herança.

Concorrendo com descendentes comuns ao leito conjugal, o cônjuge sobrevivente deve receber quinhão igual aos dos que sucedem por cabeça, tendo, entretanto, reservada para si a quarta parte do quinhão sobre o qual recai a concorrência. Se a concorrência se dá com descendentes apenas do falecido, o cônjuge sobrevivente deve receber quinhão idêntico aos filhos do autor da herança, sem qualquer reserva mínima.

Na hipótese de concorrência híbrida, ou seja, com descendentes advindos do leito conjugal e com outros filhos apenas do autor da herança, a doutrina desenvolveu técnicas matemáticas, que foram analisadas com profundidade por GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA²⁷⁸, a cuja obra se remete para maior aprofundamento acerca do tema.

A segunda classe, prevista no inciso II do mesmo artigo, ou seja, que receberá a herança desde que ausentes quaisquer descendentes, é composta pelos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, sem qualquer ressalva acerca do regime de bens.

Assim, quando o cônjuge supérstite concorrer com os ascendentes do falecido, não haverá qualquer limitação à essa concorrência no que se refere ao regime de bens que houver vigorado no casamento. No entanto, concorrendo com ambos os ascendentes do *de cujus*, tocará ao cônjuge apenas um terço da herança (artigo 1.837 do Código Civil), fazendo jus ao recebimento de metade se a concorrência for com apenas um dos genitores do autor da herança.

A divisão da herança em três partes (cônjuge - ascendente genitora - ascendente genitor) deixa de ter validade quando a concorrência ocorrer com parentes em segundo grau (avós), hipótese em que o cônjuge sobrevivente recolherá a metade da herança.

²⁷⁸ Morrer e suceder..., op. cit. p. 367 e seguintes.

Na ausência de descendentes e ascendentes, define o inciso III do artigo 1.829 do Código Civil que a herança deverá ser integralmente recolhida pelo cônjuge sobrevivente.

Os parentes colaterais do falecido também são chamados a suceder, na quarta classe de herdeiros, mas não são considerados herdeiros necessários. Ou seja, se o autor da herança houver deixado como herdeiros apenas parentes colaterais, ele poderá dispor integralmente de sua herança em testamento, não havendo que se falar em legítima.

Na hipótese de união estável, o Código Civil estabeleceu regime sucessório diferenciado ao companheiro ou companheira sobrevivente, no artigo 1.790 do Código Civil, um dos dispositivos mais criticados do diploma civil atual.

E isso porque, ao contrário do que foi estabelecido em relação ao casamento, seja sob o regime da comunhão parcial, seja em relação à separação convencional, o companheiro, nos termos do artigo 1.790, participa da sucessão do outro “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Ou seja, independentemente do regime de bens que vigorar em relação à união estável o companheiro participa da sucessão daqueles bens adquiridos onerosamente durante a vigência da relação, excluindo-se, por via de consequência, os bens recebidos a título gratuito (doação ou herança), assim como aqueles já pertencentes ao autor da herança no momento do início da união.

GISELDA HIRONAKA, a respeito de tal dispositivo, tece robusta crítica não só por sua patente inconsistência jurídica, mas também em razão de sua aparente inconstitucionalidade, pela diferenciação em relação ao regime sucessório do cônjuge:

São muitos os seus pontos nevralgicos e são muitos os reclamos e clamores dos estudiosos, intérpretes e aplicadores do direito na direção não apenas da falta de prumo e de substância do dispositivo mas, sobretudo, de sua estrutura inconstitucionalmente acintosa²⁷⁹.

Ao restringir a sucessão do companheiro à parte do patrimônio adquirida a título oneroso na vigência da união estável, o legislador limitou e restringiu tal direito, se comparado à sucessão daquele que tivesse contraído casamento, no mesmo cenário fático. Foi uma “discriminação flagrante”²⁸⁰ perpetrada pelo legislador, fazendo com que, de maneira pouco lógica, o companheiro seja herdeiro e meeiro (se vigorar o regime da comunhão parcial de bens) da mesma porção do patrimônio.

Outro flagrante descompasso relacionado ao regime sucessório do companheiro reside na concorrência com os parentes do autor da herança. Ao passo que o cônjuge (casado) concorre apenas com ascendentes e descendentes, preferindo aos colaterais no recebimento da herança, o companheiro concorre com todos os parentes sucessíveis do autor da herança, somente recebendo sua totalidade se não houver quaisquer parentes sucessíveis, ou seja, descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau, incluindo-se irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos netos e tios avós.

Assim, como definido pelo polêmico artigo 1.790, se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns, terá direito ao equivalente ao que o filho tiver direito, sem qualquer reserva mínima. Concorrendo com descendentes somente do *de cujus*, deverá receber a metade do que couber a cada um deles. Por fim,

²⁷⁹ Morrer e suceder... op. cit. p. 417.

²⁸⁰ Morrer e suceder... op. cit. p. 417.

se concorrer com outros parentes sucessíveis (até o quarto grau, como já exposto), terá direito a um terço da herança.

A concorrência do companheiro com “outros parentes sucessíveis”, sendo a ele deferido um terço da herança, também não faz o menor sentido, uma vez que ele pode estar concorrendo com apenas um parente de quarto grau do *de cujus*, ou com seis irmãos do falecido, recebendo, em qualquer hipótese, um terço da herança.

Nesse contexto, será, por exemplo, mais “desfavorável” ao companheiro, concorrer unicamente com um tio avô do companheiro falecido, recebendo um terço da herança, do que com um filho comum, hipótese em que receberá a metade do monte hereditário.

Em relação à concorrência híbrida entre filhos advindos da união estável e outros particulares do falecido, GISELDA HIRONAKA, apresentando o resultado de inúmeras reflexões desenvolvidas na docência acadêmica, com o auxílio de diversos professores e juristas adotou uma fórmula algébrica que representa uma maneira

de se dividir os quinhões entre todos os herdeiros, na hipótese de concorrência entre descendentes comuns, descendentes exclusivos e o companheiro sobrevivente, sem que o resultado pudesse ser contestado matematicamente e, bem por isso, sem que pudesse ser, também, contestado recursalmente, em juízo²⁸¹.

²⁸¹ A professora GISELDA HIRONAKA (Morrer e suceder... op. cit. p. 425) conta que foi realizada uma profícua reunião com os doutorandos dos cursos de pós-graduação das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com a “inafastável e imprescindível colaboração” de Gabriele Tusa e Fernando Curi Paes, concebendo a fórmula matemática citada, cujo embrião foi apresentado por Gabriele Tusa. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, que foge ao escopo do presente trabalho, imperiosa a leitura da tese de titularidade defendida pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Morrer e Suceder... op. cit. p. 424 e seguintes).

As três primeiras classes de herdeiros legítimos (artigo 1.629 incisos I a III) engloba os chamados herdeiros necessários, definidos pelo artigo 1.845 do Código Civil como sendo os descendentes, ascendentes e o cônjuge²⁸².

Para essa classe de herdeiros, o sistema possui especial preocupação, concedendo-lhes, por direito, a metade dos bens do autor da herança, denominada legítima (artigo 1.846 do Código Civil). Ou seja, os herdeiros necessários simplesmente não podem ser afastados da sucessão, salvo hipóteses de indignidade e deserdação.

A proteção da reserva de metade da herança aos herdeiros necessários já constava do Código Civil de 1916, que, em seu artigo 1.721, determinava que “o testador que tiver descendente ao ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta ao ascendente, dos quais constitui a legítima”

A própria existência da legítima ou o percentual atualmente a ela aplicado (50%) já foram e continuam sendo objeto de controvérsia doutrinária, como relatado por FLAVIO TARTUCE²⁸³, para quem já seria o momento de se debater a redução da legítima, “talvez para 25% do patrimônio do falecido”, a fim de dar prevalência à liberdade de testar e à liberdade individual, assim como para não “incentivar o ócio exagerado dos herdeiros”.

²⁸² Apesar de o companheiro não ter sido expressamente incluído no rol de herdeiros necessários estabelecido no artigo 1.845 do Código Civil, há uma corrente doutrinária, que inclui, entre outros autores, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA e MARIA BERENICE DIAS, que entende que, diante da equiparação constitucional entre cônjuge e companheiro, este último estaria implicitamente incluído no rol do artigo 1.845 do Código Civil. A doutrina majoritária, no entanto, que conta com JOSÉ FRANCISCO CAHALI, JOSÉ FERNANDO SIMÃO, ROLF MADALENO, SILVIO DE SALVO VENOSA, ZENO VELOSO, entre outros, entende que não se pode fazer essa extensão onde a lei não definiu, mantendo o companheiro fora do rol dos herdeiros necessários.

²⁸³ Direito civil, v.6, op. cit. p. 34/37.

A reserva da “parte legítima” do patrimônio, existe não só em relação às disposições de última vontade, nos termos do artigo 1.789 do Código Civil, mas também para as disposições patrimoniais feitas em vida, por meio de doação.

A esse respeito, observa ORLANDO GOMES, que “tutela-se a legítima não somente contra excessivas liberalidades testamentárias, mas, igualmente, contra as liberalidades excedentes que se efetuam por negócio *inter vivos*, a doação direta, a indireta, a simulada e o *negotio mixtum cum donatione*”²⁸⁴

O artigo 549 do Código Civil coíma de nulidade a doação “quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”, ou seja, é nula a doação feita em vida, que supere 50% do patrimônio do doador no momento da disposição patrimonial, de modo restrito ao excesso verificado.

Assim, o sistema de proteção à legítima impera tanto durante a vida do indivíduo como também *post mortem*, por ocasião da abertura e cumprimento de seu testamento.

Quando o autor da herança falece sem deixar testamento, todo o seu patrimônio é dividido entre os herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária, não possuindo, nesta hipótese, interesse em se falar em parte legítima e parte disponível da herança.

O cálculo da legítima deve efetuado com base no valor dos bens existentes no momento da abertura da sucessão, excluindo-se as dívidas e despesas com funeral, para se somar, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação, sendo certo que estes valores, por força do parágrafo único do artigo 2.002 do Código Civil, não aumentam a disponível, ou seja, somam-se exclusivamente à parte legítima.

²⁸⁴ Sucessões, 12ª edição, São Paulo: Forense, 2012. p. 78,

O artigo 2.002 do Código Civil prescreve que “os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”. É a chamada colação, que consiste na obrigação dos herdeiros necessários²⁸⁵ em conferir contabilmente ao monte mor da legítima os bens que lhes houverem sido transmitidos em vida, por doação, pelo *de cujus*, a fim de igualar as quotas hereditárias a eles correspondentes.

Ressalte-se que se o doador, no momento do ato de disposição patrimonial a um herdeiro necessário, não faz qualquer ressalva quanto à futura colação, a doação é considerada adiantamento de legítima e deverá ser trazida à colação no momento da abertura do inventário.

Por outro lado, nos termos do artigo 2.005 do Código Civil, o doador pode fazer constar no ato de doação, ou no próprio testamento, que um ou mais bens doados a um dos herdeiros necessários ficará dispensado da colação, pois estaria, nesta hipótese, saindo da parte disponível dos seus bens. Nesse caso, o herdeiro é dispensado da colação, permanecendo com o bem doado sem considerar seu valor para efeitos de partilha, desde que não tenha excedido a parte disponível.

Percebe-se que, considerando eventual concorrência na parte legítima da herança, entre herdeiros de mesma classe, cada um deve receber quinhão idêntico ao do outro. Nesse contexto, se o autor da herança, em vida, efetuou doações para um único herdeiro, sem qualquer ressalva, os valores, ou os próprios bens, se o caso, deverão ser colacionados, ou seja, contabilmente devolvidos ao monte-mor

²⁸⁵ Apesar de o artigo 2.002 mencionar exclusivamente os descendentes, trata-se, evidentemente, de outro equívoco legislativo na elaboração do Código Civil, uma vez que, além de o companheiro ter sido alçado à categoria de herdeiro necessário, o artigo 544 do Diploma Civil determina expressamente que a “doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge ao outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança. Desta forma, onde está escrito “descendentes”, no texto do artigo 2.002, deve ser lido “herdeiros necessários”.

(“legítimo”), para que o quinhão cabente aos outros herdeiros necessários seja calculado com a inclusão dos referidos bens ou valores.

Não se trata, no entanto, de alteração no valor do montemor, para efeitos de cálculo da parte disponível e da legítima. A parte disponível da herança e a legítima continuam correspondendo a 50% do patrimônio do autor da herança no momento do falecimento. Tal panorama não é alterado pela eventual colação de bens.

A colação, portanto, opera-se exclusivamente entre os próprios herdeiros necessários, a fim de igualar seus quinhões hereditários, sem, contudo, alterar o que deve ser considerado como parte legítima e parte disponível.

Para SILVIO DE SALVO VENOSA, em síntese, a colação é “a obrigação do herdeiro necessário, que recebeu doação do autor da herança”²⁸⁶.

Se a colação representa, como exposto, uma garantia de equidade dos quinhões atribuídos aos os herdeiros necessários, a redução, por outro lado, serve para garantir que os herdeiros necessários, em conjunto, não recebam quinhão inferior à metade dos bens que a legislação a eles reserva.

A redução, no entanto, é dividida em duas espécies, que não devem ser confundidas: a redução das disposições testamentárias e a redução das doações inoficiosas.

A redução das disposições testamentárias, prevista no artigo 1.967 do Código Civil, nada mais é do que a adequação da parte que pretendeu o autor da herança dispor livremente em testamento, aos limites da parte disponível de seus bens.

²⁸⁶ Direito civil, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 393.

Preceitua o artigo 1.967, *caput*, do Código Civil que:

As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

Assim, a parte da herança objeto das disposições testamentárias que, eventualmente, exceder a parte disponível, invadindo a legítima, será reduzida proporcionalmente a fim de equilibrar as metades disponível e legítima. As disposições excedentes serão consideradas ineficazes e os bens respectivos passarão a compor a parte legítima da herança.

Ainda sobre a redução das disposições testamentárias, SILVIO DE SALVO VENOSA ressalta que o testador pode prever, em sua declaração de última vontade, critérios para a efetivação da redução, para que ela recaia especificamente sobre quinhões ou legados por ele apontados²⁸⁷.

Caso tal previsão não seja feita pelo testador, o Código Civil, nos artigos 1.967 e 1.968, estabelece alguns critérios para a redução, quando se tratar, por exemplo, de prédio indivisível, objetivando-se sempre a manutenção da proporção dos quinhões a serem recebidos pelos herdeiros testamentários.

A outra espécie de redução, chamada redução das doações inoficiosas, refere-se às doações feitas em vida (e não por via testamentária) pelo autor da herança, como prevê o artigo 2.007 do Código Civil. Por tal razão, a sua efetivação, por meio da ação de redução, independe do falecimento do autor da herança para ser promovida.

Em linha com o que determina o artigo 549 do Código Civil, são nulas as chamadas doações inoficiosas, ou seja, aquelas que ultrapassem a metade dos bens do doador, no momento da liberalidade.

²⁸⁷ Direito civil... op. cit. p. 396.

Esse excesso será apurado levando-se em consideração o valor dos bens no momento do ato de liberalidade, havendo a restituição do excedente à parte legítima da herança, seja por meio dos próprios bens doados ou, se não for possível, em dinheiro.

A principal diferença entre a redução das disposições testamentárias e das doações inoficiosas é que a primeira, apurável apenas após a abertura da sucessão, considera ineficazes as disposições que excederem o limite legal, ao passo que a segunda, que pode ser efetivada antes do falecimento do doador, considera nulas, no limite em que forem excessivas, as doações realizadas.

No que se refere ao estudo da desconsideração inversa da personalidade jurídica no âmbito do direito sucessório, é a colação que deve ser observada com maior atenção, uma vez que a *disregard* será aplicada exatamente para forçar o herdeiro necessário a trazer à colação bens fraudulentamente transferidos a pessoas jurídicas, que, na verdade, foram indiretamente cedidos a alguns herdeiros necessários em fraude ao equilíbrio da legítima.

Nesse contexto, afirma ROLF MADALENO ser frequente a utilização da figura societária para o fim de beneficiar um dos herdeiros em detrimento dos outros, acima dos limites permitidos por lei²⁸⁸.

12.2. Desconsideração da personalidade jurídica no direito sucessório

RUBENS REQUIÃO, no primeiro trabalho jurídico brasileiro que abordou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, publicado no ano de 1969, trouxe como exemplo de aplicação “intuitiva” pelos tribunais brasileiros da *disregard*, um caso que “versava sobre a doação de pai a filhos através de personalidade

²⁸⁸ A desconsideração judicial... op. cit., p. 286/287.

jurídica que o primeiro constituíra com alguns de seus filhos menores, à cuja sociedade foram transferidos bens imóveis”²⁸⁹

Dez anos mais tarde, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, em uma das mais completas obras já escritas sobre o tema, também alertava que haveria de ser aplicada a *disregard* “em matéria de legítima de herdeiros necessários, principalmente no caso de tentativa de beneficiamento dos filhos varões em detrimento das filhas (através da transferência de bens para o patrimônio de sociedades em que sejam sócios apenas o pai e os filhos varões)”²⁹⁰.

Percebe-se, desta forma, que a fraude sucessória por meio da utilização de pessoas jurídicas não é exatamente uma novidade, apesar de não ter suscitado muito interesse da comunidade jurídica em geral.

Como já exposto no capítulo anterior, os herdeiros necessários possuem o direito de receber, no mínimo, a metade dos bens da herança, chamada de legítima.

É exatamente esse direito, qual seja, o recebimento, em partes proporcionalmente iguais, da porção legítima da herança, que pode ser fraudado pelo *de cuius*, por meio da utilização abusiva de uma pessoa jurídica.

O ordenamento jurídico dispõe de ferramenta eficaz para equilibrar a distribuição da legítima quando o genitor, em vida, privilegia um ou alguns dos herdeiros necessários em detrimento de outros, denominada colação.

Por meio da colação, os herdeiros necessários são obrigados a “devolver” à parte legítima da herança, contabilmente, todos os bens

²⁸⁹ Abuso de direito... op cit. p. 23.

²⁹⁰ A dupla crise... op. cit. p. 542.

recebidos em vida do autor da herança, sem qualquer ressalva quanto à colação, considerados adiantamento de legítima.

Qual, portanto, a utilidade da desconsideração da personalidade jurídica, se já existe ferramenta hábil para assegurar o imperioso respeito à igualdade na divisão da legítima entre os herdeiros necessários? A resposta reside justamente na utilização abusiva das pessoas jurídicas como artifício para escamotear a transferência de bens do genitor a alguns de seus herdeiros necessários, em prejuízo de outros.

Com efeito, para que um bem seja trazido à colação pelo herdeiro, ele deve ter sido anteriormente doado pelo autor da herança ao próprio herdeiro, sendo, a pessoa jurídica, nesta hipótese, considerada um terceiro, que, em função da plena distinção entre pessoa física e jurídica, em princípio, não ensejaria a aplicação do artigo 2.002 do Código Civil.

Assim, nestas hipóteses, haveria induvidosa utilização abusiva e em desvio de finalidade, do princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus sócios, ensejando, por via de consequência, a aplicação do *disregard*.

ROLF MADALENO adverte, nesse sentido, que, apesar de existirem ações típicas e próprias para se buscar a restituição do acervo de bens que foram distribuídos pelo autor da herança em desacordo com as regras sucessórias

[...] na hipótese de fraude à legítima pelo uso indevido da personalidade jurídica, os modelos tradicionais das ações sucessórias e da própria ação pauliana ou revocatória não se apresentam como os meios judiciais mais eficazes para a reposição da legítima desviada por negócio jurídico que ostenta legitimidade formal, criado para elidir as

normas imperativas da legislação sucessória atinente às legítimas dos herdeiros forçados²⁹¹.

No mesmo sentido, observa GILBERTO BRUSCHI, que “as sociedades constituídas entre pais e filhos, por exemplo, tem-se prestado a abusos para desvio de legítima de herdeiros necessários do preceito de ordem pública que a consagra e de sua mais absoluta intangibilidade”²⁹².

O modo mais comum de utilização abusiva da sociedade para infligir a legítima de um ou mais herdeiros necessários é doação, alienação ou integralização de bens para pessoa jurídica constituída entre o genitor e alguns de seus herdeiros, ou, inclusive, somente por alguns dos herdeiros.

Com a transmissão da propriedade dos bens pertencentes ao genitor a tal pessoa jurídica, em tese, o genitor conseguiria se esquivar da aplicação do artigo 2.002 do Código Civil, que obrigaria o herdeiro beneficiado a trazer tal bem à colação (em caso de doação), ou, por outro lado, na hipótese de transmissão onerosa, o genitor evitaria a necessidade de obter a autorização expressa dos demais herdeiros, nos termos do artigo 496 do Código Civil.

Não é outra, por certo, a *mens legis* por trás do disposto no artigo 496 do Código Civil que não a de se evitar as alienações simuladas do genitor a apenas um dos herdeiros, exatamente com o fito de não permitir qualquer lesão à legítima.

É essa, exatamente, a opinião de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, ao esclarecer que:

a intenção do legislador, ao exigir o consentimento expresso dos demais descendentes, é evitar que o ascendente, numa venda simulada

²⁹¹ A desconsideração jurídica... op. cit. p. 290.

²⁹² Aspectos processuais... op. cit. p. 139.

fraudulenta, altere a igualdade dos quinhões hereditários de seus descendentes, encobrindo doações sob o disfarce de uma compra e venda. As doações nesta hipótese importam adiantamento de legítima, nos termos do artigo 544. O descendente beneficiado por esse ato de liberalidade deve colacionar o bem recebido em vida após a morte do autor da herança²⁹³.

Com efeito, a partir do momento em que a compra e venda, ou a integralização do bem é feita diretamente a uma pessoa jurídica, estaria o genitor ou cônjuge, em princípio, dispensado da obtenção da concordância dos demais herdeiros.

CRISTIANO CHAVES FARIAS, analisando o direito argentino, e sua jurisprudência, identificou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em hipótese exatamente análoga às citadas, que envolvia a constituição de uma sociedade pela esposa e parte dos filhos do autor da herança, para a qual se transferiu, posteriormente, grande parte de seu patrimônio, diminuindo drasticamente a herança legítima a ser recebida pelos herdeiros que não se tornaram sócios da referida pessoa jurídica. Tal operação foi posteriormente questionada pelo filho excluído da sociedade, tendo a corte argentina determinado a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, para que os bens integralizados fossem considerados como pertencentes ao autor da herança, compondo a legítima a ser igualitariamente dividida entre os herdeiros necessários²⁹⁴.

Assim, em qualquer hipótese em que houver transferências patrimoniais do genitor para uma sociedade formada por ele e por apenas alguns dos seus herdeiros necessários, como meio de se burlar as regras dos artigos 496, 594 ou 2.002 do Código Civil, o herdeiro prejudicado poderá postular a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade, para que os referidos bens sejam colacionados e

²⁹³ Direito Civil v. 3... op. cit. p. 18/19.

²⁹⁴ Direito Civil... op. cit. p. 318.

considerados como parte da legítima para que sejam divididos entre os herdeiros necessários.

Na hipótese de a sociedade ter sido formada por herdeiros e terceiros (não herdeiros), o valor equivalente à parcela dos imóveis recebidos, proporcionalmente à participação do herdeiro na sociedade, é que deverá ser colacionado e integrará o cálculo da legítima.

Ressalte-se, por fim, que apenas os bens que tiverem sido transferidos pelo autor da herança à referida sociedade é que serão colacionados e contabilizados para o cálculo da legítima. Se, eventualmente, a sociedade se desenvolveu e adquiriu outros bens, estes continuarão pertencendo aos sócios, uma vez que, se a doação tivesse sido feita diretamente aos herdeiros, sem qualquer fraude, portanto, os frutos advindos de tais bens não seriam trazidos à colação.

A sociedade, portanto, com exceção daqueles bens que poderão ser, eventualmente, (se não restarem bens suficientes para o pagamento dos outros herdeiros necessários) repartidos entre os herdeiros não sócios, permanecerá hígida e ativa, sem qualquer prejuízo à sua atividade.

IV – CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, interessante trazer novamente o questionamento formulado por LAMARTINE CORRÊA a respeito da desconsideração da personalidade jurídica e transcrito no início deste trabalho: “*A problemática viva e constante continua a suscitar os litígios, e os litigantes batem à porta dos pretórios. Onde, porém, a coerência de critérios e orientação que permita a segurança do Direito?*”²⁹⁵

E isso porque, ao se abordar, atualmente, o tema desconsideração da personalidade jurídica, não se pode esquivar do questionamento acerca da (in)segurança jurídica decorrente de sua aplicação. A maior parte dos trabalhos recentemente elaborados acaba por questionar a efetiva utilidade da *disregard* em razão de sua desmedida e acriteriosa aplicação por parte dos tribunais pátrios.

Lembrando das palavras do Professor ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES E FRANÇA, em aula ministrada no curso de pós graduação desta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2012, sobre a desconsideração da personalidade jurídica, a aplicação da teoria do *disregard* por nossos tribunais é uma verdadeira “salada mista”.

Por isso, o objetivo do presente trabalho foi o de colaborar com um possível estabelecimento de critérios seguros e, na medida do possível, objetivos, para a aplicação deste importante instituto, em sua modalidade inversa, na área do direito de família e sucessões. Na verdade, a limitação da aplicação da *disregard* pode significar justamente a sua salvação.

²⁹⁵ A dupla crise... op. cit. p. 542.

Na seara do direito de família e sucessões, ainda mais díspar tem sido a aplicação da desconsideração, na medida em que diversos juristas entendem ser possível uma ampliação de seu espectro objetivo de cabimento. Seja em litígios envolvendo a partilha de bens, a execução de pensão alimentícia (e por vezes na própria ação de alimentos), ou, ainda, em matéria de direito sucessório, todos os critérios e requisitos estabelecidos para a aplicação da teoria em matéria empresarial devem ser seguidos com o mesmo rigor.

A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser vista como uma “caixa mágica” pela qual se possa simplesmente ignorar o princípio da separação entre as pessoas jurídicas e seus sócios, em razão do surgimento de qualquer óbice para a satisfação dos créditos detidos por terceiros em face da sociedade (desconsideração direta) ou de seus sócios (desconsideração inversa), ainda que envolvendo relações patrimoniais familiares ou de cunho alimentar.

Conclui-se, portanto, que permanecem atualíssimas as inquietações externadas por dois dos principais estudiosos da desconsideração na Alemanha, ROLF SERICK e ULRICH DROBNIG, sendo imperioso, para a criteriosa aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica, que, diante do caso concreto, sejam observados três pressupostos essenciais:

a) devem estar presentes todos os requisitos da desconsideração para fins de responsabilidade tradicional, quais sejam, a existência de abuso da personalidade jurídica, mediante o desvio de finalidade da sociedade ou a confusão entre o patrimônio da pessoa jurídica e do sócio;

b) deve-se atentar, ainda, diante da hipótese concreta, se existem outros remédios disponíveis que poderiam alcançar o mesmo resultado prático sem abalar a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, tais como a anulação do ato fraudulento, a declaração de nulidade do ato simulado, a declaração de ineficácia do ato realizado em fraude à execução, ou, ainda, a propositura de ação pauliana em hipóteses de fraude contra credores;

c) por fim, deve ser examinado, caso se trate de sociedade exclusivamente familiar, da qual apenas os cônjuges ou os membros da família sejam sócios, se a partilha ou divisão das quotas, ou ainda, a constrição das quotas sociais, não possibilitariam a satisfação da pretensão, sem impor qualquer prejuízo ou lesão às partes envolvidas.

Preenchidos os requisitos acima elencados e não se encontrando qualquer outra solução à hipótese concreta, é que deverá ser aplicada a desconsideração inversa da personalidade jurídica, para o fim de buscar, no patrimônio da sociedade, os bens ou direitos pertencentes ao cônjuge (na hipótese de partilha de bens), ao credor alimentar (em caso de execução de alimentos) ou ao herdeiro necessário lesado (nos casos de sucessão legítima).

É através da busca por critérios mais objetivos e específicos para a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica no âmbito do direito de família e sucessões, que se poderá evitar ou remediar as fraudes perpetradas com a utilização das pessoas jurídicas, sem, por outro lado, colocar em risco a segurança jurídica advinda do princípio da separação patrimonial dos sócios e das sociedades de capital.

V – BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. *Desconsideração da personalidade jurídica no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil*. São Paulo: MP Editora, 2005.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La Società in Diritto Romano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950.

_____ *Instituzioni di diritto romano*. 14^a ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 2006.

ASCARELLI, Tulio. *Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa*. 3^a ed. Milão: Giuffrè, 1950.

_____ *O negócio indireto. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado* v. 1; São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, vol. 1, 39^a ed., Saraiva, São Paulo, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica*, in *Processo Societário*, YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setogui. J (coords.), São Paulo: *Quartier Latin*, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. 2^a ed., rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, São Paulo: Servanda, 2007.

_____ *Direito das sucessões*, 2^a ed., Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1932.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2011.

BORDA, Gilhermo. *La persona Jurídica y El Corrimiento del Velo Societário*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria ultra vires societatis perante a lei das sociedades por ações*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 273, jan./mar. 1981.

CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*, 5ª ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002*, in TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *La Persona Juridica*. 2ª ed. Madri: Civitas, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed., São Paulo: Atlas.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. v. 18, São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. v. 2; 5ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *As teorias da desconsideração*, in *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*, TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

CORDEIRO, Menezes. *O Levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Coimbra: Almedina, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis. *Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português*. In *Revista dos Tribunais*, n. 520, 1979.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Livraria Almedina: Coimbra, 1997 (reimpressão da edição de 1973).

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*, 5ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*, 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

FERRARA, Francesco. *La simulacion de los negocios jurídicos (actos e contratos)*, 2ª ed., Revista de Derecho Privado: Madrid, 1931.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1952, V. 1

FERRIANI, Adriano. *A desconsideração inversa da personalidade jurídica*. In <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1308,21048A+desconsideracao+da+personalidade+juridica+e-+o+novo+Codigo+Civil>, (acessado em 03/11/2014).

FRANÇA, Limongi. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

GALGANO, Francesco. *Le teorie dell'impresa in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Pádua, 1978.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord) *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

GODOI, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. 6, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Sucessões*, 12ª edição, São Paulo: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 1; v. 3.; v.6 v.7. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

HENRIQUE, Gustavo Guimarães. *Desconsideração inversa da personalidade jurídica*, in *Desconsideração da personalidade jurídica*, Jader Marques, Maurício Faria, org., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes ;CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____ *Morrer e Suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, v. 1, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

JOSSERAND, Étienne Louis. *Les mobiles dans lês actes juridiques du droit prive*, Paris,Dalloz: Coll. Bibliothèque Dalloz, n. 176, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

KOCH, Deonísio, *Desconsideração da personalidade jurídica*, Florianópolis: Ed. Momento Atual, 2005.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas de. *La personalidad jurídica societaria*. vol. 3. Buenos Aires: Heliasta, 1994.

LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1965.

LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Fraude à meação – Princípio da revocatória falencial*, in Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 4, jan, fev e mar de 2000.

_____. *A disregard nos alimentos*. In Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 4. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Curso de direito de família*. 5ª ed. rev. atual. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *A disregard e sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MALHEIROS, Álvaro. *Aparência de direito*, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

MALHEIROS, Antonio Carlos. *Teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplicada às relações familiares*, in Temas de direito societário e empresarial contemporâneos. Coord. Marcelo Vieira Von Adamek. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARQUES, Jades; FARIA, Maurício (org.). *Desconsideração da personalidade jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*, v. 1, 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *A desconsideração da personalidade jurídica*. In: ALVIM, Arruda, CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira e ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32ª ed. V. 2. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1995.

MULLER-FRIENFELS, Richard. *Zur Lehre vom sogenannten Durchriff bei juristischen Personen im Privatrecht*. Archiv fur die civilistische Praxis, Tubingen: Mohr, 1957.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORESTANO, Ricardo, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Turim, G Giappichelli Editore, 1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1; v. 5, 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, v. 50, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

_____ *Comentários ao Código de Processo Civil*. t.9, São Paulo, Forense, 1976, t. 9

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PRATES, Homero. *Atos simulados e atos em fraude da lei*. Livraria Freitas Bastos: São Paulo, 1958.

REDONDO, Bruno Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos materiais e processuais e afins*, in 10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas, SILVIO DE SALVO VENOSA, RAFAEL VILLAR GAGLIARDI, PAULO MAGALHÃES NASSER (Coord), São Paulo: Atlas, 2012.

REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____ *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 58, n. 410, dez/69.

RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e efeitos da participação social do cônjuge na sociedade*. In Direitos fundamentais do direito de família, MADALENO, Rolf; WALTER, Belmiro Pedro; (coords.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v.6, *Direito de família*. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____ *“Societas” com relevância externa e personalidade jurídica*. Revista de Direito Mercantil, n. 81, São Paulo: Malheiros, 1991.

SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*. Imprensa: Coimbra, 1952.

SERPA LOPES, M. Maria, *Curso de Direito Civil*, v. 1; v. 3, Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1960.

SILVA, Alexandre Couto e. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Leonardo Toledo da. *Análise crítica do art. 50 do Código Civil: Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade do administrador*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos: da ação à execução*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

SZTAJN, Rachel; *Desconsideração da Personalidade Jurídica; Revista de Direito do Consumidor*; n 2, São Paulo: Ed. RT, 1992.

_____. *Sobre a desconsideração da personalidade jurídica*, São Paulo, RT 762, p. 83.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando, *Direito Civil*, v. 5, 5ª ed.; São Paulo: Método, 2010.

_____. *Direito Civil*, v. 5, 9ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo código civil*, v. 3 tomo 2, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Substituição tributária – regime constitucional, classificação, e relações jurídicas e processuais*, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 70, São Paulo: Dialética, 2001.

VENOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*, in *Revista Magister de direito civil e processual civil*, v. 7, n. 38, p. 56-59, Porto Alegre: Magister, 2010.

_____ *Código Civil Comentado*, v. XVII, coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, v. 1, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VERRUCOLÌ, Piero. *Il superamento dela personalit giuridica dele societ di capitali nella common law e nella civil law*, Millano, Giuffr, 1964.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Abuso de minoria em direito societrio*. So Paulo: Malheiros. 2014.

WORMSER, Maurice. *Piercing the Veil of Corporate Entity*. Columbia Law Review, Columbia, 12:496-518,1912.

ZANNONI, Eduardo. *La normativa societaria ante los actos fraudulentos de La sociedade. Replanteo de la teoria del 'diregard'*. Revista de Direito Civil, Imobilirio, Agrrio e Empresarial. So Paulo, p.165-180, jul./set. 1979.

_____ *La normativa societria ante ls actos fraudulentos. in Responsabilidade Civil*, v.3 – Direito de empresa e exerccio de livre iniciativa / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – coord. So Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.