



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua Aplicação no Direito de Família

Janine Rocha Martins

Rio de Janeiro
2011

JANINE ROCHA MARTINS

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua Aplicação no Direito de Família

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^o Guilherme Sandoval

Prof^a. Kátia Silva

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Néelson Tavares

Prof. Guilherme Sandoval

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Janine Rocha Martins

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada *Lato Sensu* pela Universidade Gama Filho em Direito Privado. Advogada.

Resumo: O presente artigo é ofertado à discussão do controverso tema pertinente à desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard doctrine*, utilizada para superar momentaneamente a personalidade jurídica das sociedades empresárias. O trabalho tem por escopo a demonstração, de forma prática e objetiva, das referências à teoria da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro e sua nova aplicação em um ramo do Direito que ainda não possui regulamentação específica da matéria, o Direito de Família. Portanto, o tema é pertinente ao estudo da desconsideração no direito positivo brasileiro. A pesquisa é baseada na melhor doutrina pátria sobre o tema, bem como estudo de casos concretos de nossa jurisprudência. Inicia-se o estudo pela análise da perspectiva teórica do instituto e seus requisitos de aplicação. Posteriormente, discute-se sua adoção no Direito Positivo Brasileiro e, por fim, a possibilidade de sua aplicação no Direito de Família.

Palavras-Chaves: Teoria da Personalidade. Desconsideração. Direito de Família. Direito Empresarial.

Sumário: Introdução. 1- A Desconsideração da Personalidade Jurídica sob uma Perspectiva Teórica. 2- A Adoção da Teoria no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3- A Aplicação no Direito de Família e seus Efeitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, ofertado à discussão do controverso tema pertinente à desconsideração da personalidade jurídica ou *disregard doctrine*, utilizada para superar a personalidade jurídica das sociedades empresárias, terá por escopo demonstrar de uma forma

prática e objetiva as referências expressas à teoria da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro, interpretando a possibilidade de aplicação desta teoria a um ramo do direito que ainda não possui regulamentação específica da matéria, o Direito de Família. Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre as teorias envolvidas no estudo da desconsideração, bem como sobre a disposição legal do tema, pois a pouca previsão legal do tema no ordenamento jurídico faz surgir muitas controvérsias na doutrina e jurisprudência.

Esta pesquisa trará seus estudos fundamentados em doutrinas e legislações nacionais e estrangeiras sobre o tema, iniciando pela perspectiva teórica da matéria e seus requisitos de aplicação. A seguir passa pela interpretação de sua adoção no Direito Positivo Brasileiro, e por fim, a possibilidade de sua aplicação no Direito de Família. Procura-se demonstrar que essa aplicação também decorre do preenchimento de certos requisitos, que apesar de não elencados expressamente na lei para este ramo do direito, são interpretados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência.

O primeiro capítulo deste artigo abordará a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica sob uma perspectiva teórica. Será iniciado com a diferenciação entre a teoria em questão e a Teoria dos Atos *Ultra Vires Societatis*, conceituando que não se trata de “despersonificação”, mas “desconsideração”, momentânea e pontual. Em seguida, será feita uma exposição da teoria com base nas teorias maior e menor da desconsideração. Por fim, será dado enfoque aos pressupostos necessários de aplicação e efetivação do instituto.

O capítulo seguinte abordará a desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro, principalmente sua previsão nos artigos 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil de 2002. Focará na análise das impropriedades e acertos destes diplomas legais, visando atingir a forma adequada de aplicação desta teoria no Direito de Família, o que trará maior efetividade da norma constitucional de proteção à família, base fundamental da sociedade, conforme art.226 da CRFB/88.

O derradeiro capítulo abordará amplamente a desconsideração da personalidade jurídica no Direito de Família, campo fértil para sua aplicação e com pouca manifestação jurisprudencial. Busca-se despertar a atenção para o grande número de fraudes e abusos cometidos por meio da pessoa jurídica dentro deste ramo, que visam muitas vezes à desobrigação do pagamento de pensões alimentícias ou às partilhas injustas de bens da sociedade conjugal.

Segundo disposição expressa da Constituição Federal de 1988, a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado. A utilização da desconsideração da personalidade jurídica no Direito de Família traz efetividade a esta norma constitucional, na medida em que atende a proteção de direitos subjetivos dos cônjuges, descendentes, ascendentes, dentre outros, nas relações de parentesco. A proteção das relações jurídicas deve levar em consideração a efetiva condição econômica das partes. Por meio de fraudes e abusos da pessoa jurídica, esta condição econômica pode vir a ser camuflada, trazendo risco à dignidade da pessoa dos filhos, cônjuges, dentre outros envolvidos na relação de parentesco.

O método escolhido para a elaboração deste artigo será o indutivo e a técnica a pesquisa bibliográfica. Esta técnica será a escolhida em virtude de sua confiabilidade e qualidade oferecida ao pesquisador.

1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB UMA PERSPECTIVA TEÓRICA

1.1 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO E A TEORIA *ULTRA VIRES*

Atualmente, a aplicação de um mesmo instituto jurídico em ramos diversos do estudo do Direito é bastante comum. Não só na doutrina, mas também na jurisprudência, torna-se

cada vez mais corriqueira a utilização interdisciplinar de conceitos jurídicos para a solução dos conflitos sociais que chegam aos tribunais. É exatamente este processo pelo qual o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem passando. Todavia, é importante lembrar que a aplicação interdisciplinar de conceitos jurídicos deve partir de uma base sólida quanto à definição do próprio instituto originário.

Dessa forma, antes de se chegar à análise da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família, é necessária a diferenciação da teoria em estudo de outros conceitos que, a princípio, se mostram semelhantes, mas que na verdade são diferentes.

O primeiro deles é a Teoria dos Atos *Ultra Vires*. Segundo Alexandre de Assunção Alves¹, existe uma tênue diferenciação entre a *disregard doctrine* e a teoria dos atos *ultra vires*, em relação à finalidade dos institutos. Para Assunção Alves², enquanto nesta última o fim reside na tutela da pessoa jurídica e na preservação do objeto social, tendo em vista que o ato praticado fere o contrato, naquela, a proteção se dá ao terceiro contratante, lesado com o ato praticado pelo sócio, e à própria pessoa jurídica, diante da prática de atos ilícitos por um outro sujeito de direito em nome da primeira.

No novo Código Civil, em seu art. 1.015, parágrafo único, inciso III há um exemplo de aplicação dessa Teoria *Ultra Vires*.

Segundo Márcio Tadeu Guimarães Nunes³,

[...] 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 sociedade.

¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção. *Temas de direito civil-empresarial*. São Paulo: Renovar, 2008, p.37.

² *Ibidem*, p.37.

³ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 362.

Na jurisprudência dos Tribunais brasileiros ⁴ também pode ser vista a utilização da teoria dos atos *ultra vires* neste mesmo sentido indicado anteriormente, diferenciando-a, portanto, da desconsideração da personalidade jurídica:

Ação anulatória. Administração conjunta da sociedade pelos dois sócios. Contratos assinados apenas por um deles. Teoria *ultra vires societatis*. Inaplicabilidade, porquanto os compromissos não foram tomados em negócios estranhos à sociedade. Sociedade que passa, de logo, a ser administrada pelo sócio que os firmara, de modo que o vício na formação das avenças, relativas à própria essência do objeto social da pessoa jurídica, configura mera irregularidade, já sanada ante o efetivo exercício da empresa. Aplicação da teoria da aparência [...].⁵

Diante do exposto, é possível afirmar que é essencial a diferenciação destes conceitos para melhor interpretação da teoria em análise.

1.2 A TEORIA MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO

Outro ponto que deve ser diferenciado é quanto a Teoria Maior e a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

No Brasil, existem duas teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, a Teoria Maior possui uma maior importância, visto que de maior aceitação e que está de acordo com a elaboração doutrinária original da teoria enfocada neste trabalho.

1.2.1 A TEORIA MAIOR

⁴ BRASIL. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.13092. 1ª Ementa Des. Nametala Machado Jorge - Julgamento: 25/04/2007 – Décima Terceira Câmara Cível do TJ-RJ, Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2010.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RS. Apelação Cível nº 70007016645. Primeira Câmara Cível. Relator: Irineu Mariani. 19 de maio de 2004, Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2010.

A teoria maior da desconsideração, também denominada de teoria subjetiva, é a de maior aceitação no Brasil, condiciona-se à ocorrência de *fraude* ou *abuso de direito*, critérios subjetivos para ensejar a desconsideração.

Esta formulação doutrinária é muito melhor desenvolvida e elaborada do que na teoria menor. Seu maior expoente na doutrina estrangeira é o alemão Rolf Serick. No Brasil, a teoria maior foi inserida na doutrina por Rubens Requião⁶, aqui seu maior elaborador, o qual tratou de sistematizá-la.

Segundo Requião⁷, para a teoria maior, a fraude e o abuso de direito, quando presentes no caso concreto, outorgariam ao magistrado a oportunidade de aplicar a teoria da desconsideração ao seu alvedrio, isto é, estaria o juiz autorizado a utilizar o seu livre convencimento para aplicá-la, devido ao caráter subjetivo que a teoria comporta. Isto a difere profundamente da teoria menor, onde este critério de subjetividade praticamente inexistente.

Essa subjetividade está bem demonstrada no ensinamento de Rubens Requião⁸:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

Diante disso, é possível afirmar que a teoria maior possui mais requisitos a serem preenchidos para sua aplicação, ao contrário do que ocorre na teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, tal constatação não reflete, por si só, a superioridade de uma teoria sobre a outra, uma vez que para serem aplicadas dependerão da análise do caso concreto e da matéria envolvida.

⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, v.2, p. 752.

⁷ *Ibidem*, p.752.

⁸ *Ibidem*, p.752.

1.2.2 A TEORIA MENOR

A teoria menor da desconsideração é uma proposta doutrinária formulada por Fábio Konder Comparato⁹, esta doutrina combate o subjetivismo da proposta original oferecida no Brasil por Rubens Requião.

A Teoria Menor não se preocupa em determinar se há ou não *fraude* ou *abuso de direito* na condução da sociedade através de seus sócios.

Há uma tentativa, da parte de Fábio Konder Comparato¹⁰, no sentido de desvincular a superação da pessoa jurídica desse elemento subjetivo. O autor elenca, então, um conjunto de fatores objetivos que, no seu modo de ver, fundamentam a desconsideração. São os seguintes: “ausência do pressuposto formal estabelecido em lei, desaparecimento do objetivo social específico ou do objetivo social e confusão entre estes e uma atividade ou interesse individual de um sócio”.

Entretanto, segundo Fábio Ulhôa Coelho¹¹, ainda que se adote uma concepção objetiva nesses moldes, dúvida não pode haver quanto à natureza excepcional da desconsideração.

É uma teoria muito menos elaborada, de enfoque superficial, para esta formulação doutrinária a simples insolvência, ou a falência da sociedade, enseja a quebra da autonomia patrimonial visando atingir o patrimônio particular do sócio, pois para esta visão da doutrina, o credor não pode sair prejudicado, quando o sócio não for insolvente.

A doutrina brasileira se inclina pela teoria maior da desconsideração, exigindo os requisitos do abuso de direito ou fraude para a superação da autonomia patrimonial.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.346.

¹⁰ *Ibidem*, p.346.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.35.

Entretanto, segundo Cristiano Chaves de Farias¹², nossa legislação vem, em vários momentos, acolhendo a teoria menor, como se vê no § 5º do art.28 do Código de Defesa do Consumidor.

2 A ADOÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica está presente tanto na jurisprudência como na doutrina, desde o início da década de 70 no Brasil, mas no direito positivo brasileiro, ou seja, nos textos de lei, ela chegou de forma expressa somente no ano de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

A partir do advento da teoria da desconsideração no Código de Defesa do Consumidor, em 1990, seguiu-se no ano de 1994, mais uma incorporação desta teoria na legislação pátria com a Lei Antitruste, que tem por objetivo prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica.

Quatro anos depois, no âmbito do Direito Penal e Ambiental, houve mais uma introdução da desconsideração da personalidade jurídica no nosso sistema legal. Em 1998, a Lei de Crimes Ambientais adotou a teoria.

Contudo, o grande avanço deu-se com a entrada em vigor do Código Civil em 2002. Acatando o que já trazia a doutrina e a jurisprudência, o art.50 deste diploma legal encarta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar da positivação do instituto no ordenamento jurídico, o legislador incorreu em alguns equívocos, o que será debatido a seguir.

2.1 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI 8.078/90)

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, N. *Direito civil teoria geral*. 7.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.304-305.

Conforme dito anteriormente, foi o Código de Defesa do Consumidor o primeiro momento de positivação deste instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que já vinha sendo aplicado pelos tribunais brasileiros antes mesmo da promulgação desta legislação específica. Entretanto, como se pode ver, através de consulta aos principais doutrinadores sobre o tema, não houve êxito do legislador na redação do dispositivo (art.28 e §§ do CDC), sendo alvo de muitas críticas pela doutrina moderna.

Ao estudar em parte este artigo, pode-se separá-lo em três momentos: o *caput*, seus §§ 2º, 3º; 4º e 5º.

Em relação ao *caput*, segundo a maior parte dos estudiosos neste assunto, houve um fracasso na tentativa de importar a teoria para o direito brasileiro, porque tal definição da teoria, descrita neste artigo em comento, acaba por englobar, de certa forma, situações que ensejam aplicação de outros remédios jurídicos, como as ações de nulidade ou de responsabilidade civil dos administradores.

Segundo Alexandre F. de Assumpção Alves¹³, ocorreu uma “transposição de institutos” anglo-saxões, sem se levar em conta os contornos e definições dos institutos jurídicos brasileiros, como por exemplo, o ato ilícito e a responsabilidade por fato próprio.

O excesso de poder ocorre quando o administrador descumpre o contrato social ou a lei e atua, com dolo ou culpa, além das prerrogativas que lhe foram conferidas para atuar em nome e no interesse da sociedade, seja *intra* ou *ultra vires societatis*. É o descumprimento dos art. 1015 e 1022, ambos do Código Civil. A infração destes dispositivos geram, segundo art.1016 CC e art.117 e 158 da Lei n. 6.404/76, responsabilidade ilimitada ao administrador ou controlador perante a sociedade e terceiros prejudicados.

A *infração à lei* é termo muito abrangente, já que *infringir* significa violar o ordenamento jurídico, fazer o que é proibido. Segundo Alexandre F.A.Alves¹⁴,

¹³ ALVES, *op.cit.*, p.34.

a desconsideração é uma exceção ao dogma da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, dessa forma, havendo qualquer outra previsão expressa em normas especiais, com sanções diferenciadas para as condutas praticadas em “infração à lei”, estas serão aplicadas, seja o seu destinatário o consumidor ou outra pessoa.

Exemplos de previsões seriam as de responsabilidade solidária ou subsidiária dos sócios, pois quando são aplicadas podem não gerar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Da mesma forma é a expressão *fato ou ato ilícito*, abrangente demais.

A delimitação da abrangência dos termos utilizados pelo legislador é de suma importância, pois os acontecimentos independentes da vontade humana não dão motivo para a desconsideração da personalidade jurídica, seja pela ausência do elemento subjetivo, seja pela ausência de instrumentos jurídicos palpáveis que motivariam a responsabilização de um sujeito por fatos ocorridos fora do âmbito de sua atuação.

A violação dos estatutos ou contrato social nada mais é do que ato ilícito ou *ultra vires*, conforme o caso, presentes no art. 1.015 do CC, e sua consequência está no art. 1.016 do CC, ou seja, que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Quanto à parte final do *caput* do artigo, há muitas críticas na doutrina quanto ao uso da expressão má administração.

Se o objetivo da norma foi atingir os bens pessoais do administrador, tal fim é possível sem necessidade da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, visto que o art. 1.016 do CC já responsabiliza diretamente os administradores por culpa no desempenho de suas funções. Tal responsabilidade também está prevista na Lei das Sociedades Anônimas em seu art. 158 *caput* e seus parágrafos.

¹⁴ *Ibidem*, p.38.

O que se pode concluir de tais artigos acima mencionados é que não se aplica às Sociedades Anônimas a Teoria dos Atos *Ultra Vires Societatis*, visto que é a própria sociedade que responderá pelos prejuízos causados pelos administradores, podendo posteriormente ajuizar ação de responsabilidade civil contra os mesmos (art. 159, *caput* da Lei n. 6.404/76).

Voltando à análise da expressão má administração, entende-se, portanto, que qualquer controlador ou administrador de empresa saberá quando praticar uma fraude ou um ato abusivo, escolhendo se agir dessa forma ou não, entretanto nunca saberá se está agindo com má administração, e se comprometendo a responder por seu patrimônio pessoal e de sua família, o que gera um certo retrocesso para a atividade empresarial.

Sobre os parágrafos 2º ao 4º do mesmo artigo, segundo a doutrina majoritária, estariam estes mal localizados, visto que não são pertinentes à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sim de responsabilidade ora subsidiária, ora solidária entre sociedades integrantes de grupos econômicos de coordenação e de subordinação. Além disso, nenhuma parte desses parágrafos permite atribuir condutas diretamente aos sócios e não à pessoa jurídica. Tais parágrafos possuem o objetivo de reparação integral do consumidor, independente de culpa ou com culpa provada, no caso de sociedades coligadas.

Quanto à necessidade de se provar a culpa do sujeito ativo, doutrina e jurisprudência divergem. Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁵,

[...] o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento.

¹⁵ COELHO, *op.cit.*, p.35.

O Superior Tribunal de Justiça adotou posição contrária na decisão da Terceira Turma no Resp n. 332.763-SP¹⁶, relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

[...]A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.[...].

A maior polêmica doutrinária referente a este artigo do Código de Defesa do Consumidor está no § 5º, uma vez que sua redação não limita a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica.

O dispositivo instituiu uma regra de aplicação da desconconsideração, independentemente de culpa, atitude seguida pelas leis do meio ambiente (Lei n. 9.605/98, art.4º) e da política nacional de combustíveis (Lei n. 9.847/99, art.18, §3º), autorizando o juiz a aplicar a medida sempre que personalidade jurídica for, de alguma forma, um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor.

Segundo decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp n. 279.273¹⁷, em 2004, relator Min. Ari Pargendler, a limitação da responsabilidade será considerada sempre e desde que a sociedade possa arcar com seus compromissos; porque se não puder fazê-lo e o credor for consumidor, trabalhador ou houver dano ambiental ou ao sistema nacional de combustíveis, os sócios perdem a limitação de responsabilidade e passam a responder solidária, ilimitada e subsidiariamente pelas obrigações sociais.

Todavia, para Alexandre F.de Assumpção Alves¹⁸,

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 332.763-SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/revistaeletronica>. Acesso em: 20 de março de 2011.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/revistaeletronica>. Acesso em: 20 de março de 2011.

¹⁸ ALVES, *op.cit.*, p.50.

a desconsideração, por esta visão equivocada, viola frontalmente os princípios basilares do direito societário em razão de não aferir a conduta dos verdadeiros responsáveis e deixar para uma eventual ação de regresso a discussão da culpa.

Luciano Amaro, Régis Velasco Fitchner Pereira e Rachel Sztajn julgam ser tão abrangentes o parágrafo 5º, que sua interpretação literal implicaria na derrogação do *caput* do mesmo artigo e do princípio da autonomia da pessoa jurídica.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁹, para haver uma melhor interpretação do parágrafo 5.º do artigo 28 do CDC, melhor seria que esta não fosse a literal, pois se assim fosse, teríamos que um simples prejuízo, ou dano que afetasse seu patrimônio do consumidor, já ensejaria a aplicação da teoria da desconsideração.

2.2 NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 2002 trouxe, claramente, em seu art.50 *caput*, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para melhor compreensão do instituto jurídico, é relevante a análise aprofundada desse dispositivo legal.

Embora não exista a palavra “desconsiderar” ou “desconsiderada”, expressa no dispositivo em destaque, esse artigo é tratado pela doutrina como autêntico caso de desconsideração da personalidade jurídica, pois, embora possua algumas impropriedades, tem o claro objetivo de aplicar a teoria quando presentes os requisitos nele elencados.

Este dispositivo, aliás, foi inspirado na formulação objetiva da teoria da desconsideração proposta por Fábio Konder Comparato, matéria já tratada anteriormente neste trabalho.

¹⁹ COELHO, *op.cit.*, p.35.

O grande acerto do legislador foi retirar do texto original do art.50 do projeto, a possibilidade de ser decretada a dissolução da pessoa jurídica, pois conforme já apontado, não é este o objetivo da desconsideração.

Optou, então, o legislador, por fazer prevalecer o princípio da preservação da empresa, muito considerado nos dias atuais em virtude da função social que a mesma exerce, o que está em plena consonância com a *disregard doctrine*.

O que os julgadores devem ter em mente, quando se depararem com requerimento ou pedido de desconsideração efetuado pela parte ou pelo Ministério Público, é o fato de que devem aplicar a teoria da desconsideração de acordo com a teoria maior ou subjetiva, na qual devem estar presentes os requisitos da *fraude* ou *abuso* de direito. Esta formulação doutrinária corresponde a uma aplicação mais justa da teoria. Se assim não fosse, estaria sendo comprometido o próprio instituto da pessoa jurídica, que traz enorme impulso ao desenvolvimento da economia.

Essa também é a postura doutrinária emitida por Fábio U. Coelho²⁰:

[...] Por outro lado, nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração [...], é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da pessoa jurídica.

Não poderia ser mais acertada a referida posição de Fábio U.Coelho²¹, pois se os magistrados brasileiros, na ânsia de fazer justiça, aplicarem ao seu alvedrio a teoria sem se preocupar com os pressupostos da teoria maior, ocorrerá, conforme já supracitado, um

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

desvirtuamento do instituto da pessoa jurídica, com conseqüente fuga de investimentos no setor econômico.

Por fim, cumpre observar que o citado artigo é claro ao afirmar que “pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo”. Dessa forma, os terceiros, pelo menos expressamente, não estão legitimados a fazer pedido de desconsideração visando estender a responsabilidade aos sócios ou administradores.

3 A APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS EFEITOS

Na prática do Direito de Família, também são muitos os casos em que a pessoa jurídica é utilizada de forma fraudulenta ou abusiva, por exemplo, quando ocorre desvio de bens pertencentes à sociedade conjugal para a comercial, com a nítida intenção de burlar a meação do outro cônjuge ou companheiro ou então, quando há retirada repentina do sócio de uma empresa antes da separação judicial para esquivar-se do pagamento de uma pensão alimentícia mais robusta ou burlar a partilha de bens do casal.

Segundo Cristiano Chaves de Farias²²,

nas relações familiares (casamento, união estável, obrigação alimentar, etc.), não raro um estranho e perverso sentimento vingativo aflora nas pessoas, 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 que pretende partilhar o patrimônio na dissolução da relação afetiva, o irmão que deseja promover a partilha do patrimônio recebido em sucessão hereditária ou, até mesmo, o filho que cobra pensão alimentícia.

Dessa forma, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem tentar neutralizar um pouco essas fraudes e abusos.

²²FARIAS, *op.cit.*, p.316.

Alguns tribunais já vêm se sensibilizando com o problema, e conseqüentemente, admitindo a aplicação da teoria no Direito de Família.²³ Entretanto, ainda são tímidas as decisões nesse sentido, sendo muito mais freqüente a aplicação da teoria em outros ramos do direito.

Além disso, há no Código Civil inovações que, certamente, irão propiciar a ocorrência de atos fraudulentos e abusivos da pessoa jurídica em prejuízo da meação. Segundo Roberta Macedo de Souza Aguiar²⁴, uma dessas inovações é a que está prevista no art. 978 do CC/02, segundo o qual o empresário casado poderá, sem necessidade da outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integram o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real. Não esquecendo, contudo, que no caso da sociedade ter vários sócios, a regra do art. 1015 do CC/02 deve ser observada.

Outra inovação é a presente no art.1639, §2º do CC, que prevê a possibilidade de alteração do regime de bens. Apesar de requisitar autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges e ressalvados os direitos de terceiros, é também uma brecha para a fraude à meação, o que ensejaria pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Nessas hipóteses, as provas e os fatos devem ser cuidadosamente observados, visto que é cada vez mais constante a aquisição de bens próprios do casamento ou da união estável em nome direto de uma empresa, com nítida intenção de fraudar a meação nupcial, ou a retirada propositada de um sócio da empresa, também com a citada finalidade ou com interesse de se esquivar de obrigação alimentícia judicialmente arbitrada.

²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 590.092.128. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Clarindo Favretto. 04.04.1991. Tribunal de Justiça Minas Gerais. AI nº 000.219.711-9/00 em conexão com o AI nº 000.219.686-3/00. Relator: Des. Aloysio Nogueira. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 7000586660. Relator: Des. José S. Trindade. Julgado em: 3.4.2003, 17.4.2003. RBDfam. P. 17-114.

²⁴AGUIAR, Roberta Macedo de Souza. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96.

Segundo Rolf Madaleno²⁵, havendo perícia, dentre as provas colhidas, terá que ser feita uma análise criteriosa

[...] capaz de promover o exato levantamento do ativo societário, reconstruindo o seu correspondente lastro patrimonial existente às vésperas do malicioso abandono arquitetado e posto em prática pelo marido, sendo resposta a igualitária partilha com suporte na teoria da *disregard*.

O pedido de aplicação da desconsideração visa à penhora dos bens particulares dos sócios e, sobretudo, a declaração de ineficácia do ato fraudulento ou abusivo para que a sociedade volte ao status quo ante. Após a declaração de ineficácia do ato fraudulento ou abusivo, poderá ocorrer a execução da sentença, com a conseqüente penhora dos bens particulares do sócio que cometeu a ilegalidade. Entretanto, a norma não é clara a esse respeito, não traz explícita a exigência da declaração judicial.

Para Roberta Macedo de Souza Aguiar²⁶, no procedimento executivo, já na petição inicial que deverá ser feito o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o executado se defender pelo meio adequado ao tipo de execução. No entanto, caso o ato fraudulento ou abusivo ocorra durante a execução, esta deverá ser suspensa e ajuizada ação declaratória incidental para que seja declarada por sentença a desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista a necessidade de um procedimento cognitivo em observância ao devido processo legal.

Nos casos de rompimento da sociedade conjugal ou da união estável que duraram menos de um ano, haverá, normalmente, discussão da culpa de uma das partes. Nessas situações, o uso da sociedade de forma fraudulenta ou com abuso de direito para desviar bens do outro cônjuge pode até ser também um dos motivos caracterizadores da ruptura do relacionamento afetivo, pois essa conduta configura um evidente comportamento desonroso

²⁵ MADALENO, Rolf. *A disregard e sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 66.

²⁶ AGUIAR, *op.cit.*, p. 97.

por parte do cônjuge ou companheiro. Passado um ano, entretanto, não poderá ser alegada tal conduta como o motivo da separação, mas ainda poderá ser pleiteada a aplicação da teoria da desconsideração, como maneira de reaver os bens desvirtuados da sociedade conjugal.

Mesmo após ocorrido o divórcio ou a efetiva dissolução da união de fato, a teoria da desconsideração ainda pode ser requerida por meio da Ação de Indenização, segundo Roberta Macedo de Souza Aguiar²⁷, para que ainda haja a possibilidade do ex-cônjuge reaver a sua meação. É o que ocorre, por exemplo, quando logo após o divórcio ou separação judicial, o cônjuge volta a integrar sociedade que havia deixado de fazer parte somente com o intuito fraudulento ou abusivo.

Uma vez preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, poderá ser feito pedido de antecipação de tutela, para que seja nomeado um administrador da sociedade objeto da fraude ou do ato abusivo, o qual prestará contas ao magistrado de tudo o que ocorrer na pessoa jurídica, afastando o sócio fraudulento e prevenindo-se dos futuros atos ilegais.

Importante salientar que a separação judicial não pode gerar a dissolução da sociedade comercial em que um dos cônjuges faz parte, ou a inclusão do cônjuge ou companheiro prejudicado e não-sócio na sociedade comercial, tendo em vista a *affectio societatis* e o caráter personalíssimo da condição de sócio. Assim, ficando o cônjuge ou companheiro lesado com alguma quota ou ação da sociedade comercial em que o outro cônjuge fazia parte, segundo Roberta Macedo de Souza Aguiar²⁸, a solução mais adequada é a formação de um condomínio do rateio dos lucros ou a compensação da quota ou ação por outro bem ou o seu equivalente em dinheiro.

Outrossim, poderá ocorrer a liquidação parcial da sociedade, pagando-se os haveres do sócio retirante ao cônjuge lesado e continuando a sociedade empresarial com os demais

²⁷ *Ibidem*, p. 98.

²⁸ *Ibidem*, p. 99.

sócios. Isto tudo se baseia no Princípio da Preservação da Empresa, previsto no art. 1031 do CC/02.

Segundo Nicolau E.B.Crispino²⁹, em relação aos alimentos, também é cabível a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, tendo em vista a freqüência com que os alimentantes “procuram dissimular pela via societária a verdadeira capacidade econômica e financeira, esquivando-se do dever legal de prestar alimentos”.

É comum verificar pais mais abastados perderem o emprego no exato momento em que são acionados judicialmente em ação de alimentos, ou de um dia para o outro, não possuírem mais bens em seus nomes, visando burlar o dever alimentar. Isto ainda é mais freqüente quando o alimentante é sócio de pessoa jurídica, uma vez que, com a evolução da computação e dos meios de comunicação, as cisões, fusões, transferências de capital são cada vez mais fáceis, podendo esconder fraudes e abusos de direito.

Sobre essa questão, Madaleno³⁰ comenta decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível, na Apelação Cível n. 597.135.730:

[...] foram mantidos alimentos provisionais de doze salários mínimos para a esposa, mais despesas de moradia e saúde, valendo-se da aparência de riqueza externada antes do processo fático de separação e destacando a forma fraudulenta com que o marido, já visualizando a separação do casal, ‘doou’ a sua participação societária na R. Engenharia ao seu pai, numa intenção inequívoca de impossibilitar qualquer pensionamento digno à ex-esposa.

O pedido de desconsideração também poderá vir cumulado com a Ação Revisional de Alimentos.

No Direito das Sucessões, também poderá ocorrer a aplicação da Teoria em questão, por conta da possibilidade de utilização da pessoa jurídica com o intuito de lesar interesses dos herdeiros. Segundo Guillermo Julio Borda³¹:

²⁹ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *Responsabilidade Civil dos Conviventes. A família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p.86.

³⁰ MADALENO, *op.cit.*, p.75.

a utilização de pessoas jurídicas por pais que pretendem beneficiar alguns de seus filhos em detrimento de outros, tentando alcançar objetivo contrário à lei (frustração do direito à herança). Aqui encontra-se o substrato axiológico da aplicação da desconsideração no direito sucessório, servindo como ferramenta de que se pode valer o prejudicado para obter o reconhecimento de seu direito integral à herança .

Conforme afirma Cristiano C.Farias³², a jurisprudência argentina teve a oportunidade de determinar a aplicação dessa teoria em processo sucessório. O caso envolvia conhecido empresário, que veio a constituir com sua esposa e cinco (de seus seis) filhos uma sociedade empresarial denominada La Estrella, omitindo, propositadamente, o seu filho mais velho.

Posteriormente, o empresário veio a transferir seus principais bens para a pessoa jurídica, diminuindo, conseqüentemente, o seu patrimônio pessoal em favor do patrimônio da sociedade empresarial. Aberta sua sucessão, o filho mais velho veio a questionar a transferência de ações, terras e gado para a referida pessoa jurídica, o que prejudicava seus interesses legítimos. Nesse caso, a Corte argentina determinou a desconsideração da personalidade jurídica.

Dessa forma, atualmente, há a possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica tanto no Direito de Família quanto no Direito das Sucessões, ainda mais porque o próprio art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) afirma que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

CONCLUSÃO

³¹ BORDA, Guillermo Julio. *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*. Argentina: Abeledo-Perrot 2001, p. 107.

³² FARIAS, *op.cit.*, p.318.

Diante do exposto neste trabalho, é possível concluir que o termo “desconsideração” deve ser considerado como um conceito jurídico indeterminado, presente por exemplo no art. 50 do Código Civil em vigor.

Os conceitos jurídicos indeterminados vão de encontro à necessidade de concretização e limitação exigidos pela vida em sociedade, bem como à segurança jurídica das relações jurídicas. Portanto, é necessária a realização de um juízo de proporcionalidade para que se possa substituir o comando mais gravoso da norma aberta por outro igualmente válido e eficaz ao alcance do fim pretendido.

A expressão “confusão patrimonial” prevista no art. 50 do CC/02, dentre outras, é um bom exemplo de conceito jurídico indeterminado, conforme atesta a melhor doutrina. Esse termo pode acabar sendo fonte de ampliação indevida da febre da desconsideração e endossar todas as antigas críticas doutrinárias sobre o assunto da assystematização teórica da desconsideração como doutrina.

Diante disso, a aplicação da teoria em ramos do direito que ainda não possuem regulamentação específica da matéria deve ser cuidadosa, e seus requisitos fundamentais devem ser sempre respeitados.

No Direito de Família, ramo em que a aplicação se mostra ainda incipiente, parece ser mais coerente com o posicionamento de nossos tribunais, que seja adotada a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Isso porque, muitas vezes, a pessoa prejudicada pelo ato fraudulento ou abusivo é um incapaz ou cônjuge necessitado, equiparando-se a um indivíduo hipossuficiente na relação jurídica.

Entretanto, não parece razoável tal consideração, uma vez que a desconsideração deve ocorrer somente em casos excepcionais, comprovada realmente a fraude ou abuso do direito pelo cônjuge empresário. O uso indiscriminado da teoria geraria insegurança jurídica nas relações privadas, inibindo o crescimento econômico do país.

Não há dúvidas de que a inserção da desconsideração da personalidade jurídica em outros ramos do direito, visando uma melhor proteção aos direitos da sociedade em geral, merece aplausos, mas recomenda-se prudência e cautela na aplicação da teoria. O seu objetivo não é desvirtuar o instituto da pessoa jurídica, pelo contrário, a desconsideração é totalmente com ela compatível. Dessa forma, somente em casos excepcionais, estando presentes seus requisitos fundamentais que se deve utilizar este instituto, visando satisfazer a pretensão de quem restou frustrado no recebimento de seu crédito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Temas de Direito Civil-Empresarial*. São Paulo: Renovar, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil-Teoria Geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.1.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.2.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *A Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- KOURY, Suzy Elizabeth C. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.1.
- REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. n.410. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v.58.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2000.