



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E
SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Matheus Faria Bittencourt

Rio de Janeiro
2018

MATHEUS FARIA BITTENCOURT

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E
SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Matheus Faria Bittencourt

Graduado em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora. Advogado.

Resumo – O presente trabalho tem como objetivo defender a aplicação do instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito de família, analisando seu cabimento, fundamentos e procedimento. A desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo evitar o uso abusivo da pessoa jurídica com o intuito de fraudar credores. O STJ admitiu a aplicação no direito de família na modalidade inversa, ou seja, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para que seus bens respondam por dívidas de seus sócios. Mais especificamente, para que os bens transferidos para a pessoa jurídica de forma fraudulenta façam parte da partilha em decorrência de divórcio de seus sócios. Um dos fundamentos que justifica a desconsideração inversa é a efetivação do direito subjetivo que o ex cônjuge possui sobre a propriedade dos bens comunicáveis. Outro fundamento de cunho Constitucional é o artigo 5º, XXIII, CRFB/88, que prevê a função social da sociedade empresária. Por fim há o reconhecimento do dever de indenizar em decorrência de um dano causado por um ato ilícito por abuso de direito, gerando responsabilidade civil. Reconhecida a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica, o Capítulo final apresenta qual procedimento deve ser seguido para a realização da desconsideração, qual seja, o previsto no Novo Código de Processo Civil no capítulo do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito Processual Civil. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Direito de Família. Divórcio.

Sumário – Introdução. 1. A desconsideração inversa da personalidade jurídica aplicada no divórcio está prevista na cláusula geral do artigo 50 do Código Civil? 2. A desconsideração inversa da personalidade jurídica aplicada no divórcio seria uma hipótese de responsabilidade civil sem descumprimento obrigacional e sem culpa? 3. O Procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015 e a efetiva garantia do contraditório. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trará a análise da desconsideração da personalidade jurídica inversa quando da separação entre cônjuges. Tal desconsideração é *sui generis* pois não existem dívidas, responsabilidade patrimonial, nem insuficiência patrimonial. Além disso, o procedimento previsto é novo no ordenamento brasileiro, sendo importante uma análise de suas particularidades.

Um dos objetivos da criação da pessoa jurídica é fazer com que o patrimônio particular de seus sócios seja blindado contra possíveis dívidas da pessoa jurídica.

Ocorre que com o passar dos tempos, os sócios ao contraírem dívidas particulares, transferiam seus patrimônios para as pessoas jurídicas se tornando insolventes.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica visa evitar que os sócios utilizem-se da pessoa jurídica para fraudar terceiros por dívidas particulares.

Durante muito tempo esse instituto era aceito, mas sem um procedimento previsto para a realização do incidente. O Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 133 a 137, pela primeira vez trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o procedimento para ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica ampliando esse procedimento para a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

O objetivo do estudo é analisar a desconsideração inversa, sobre o prisma do direito das famílias, mais especificamente quando do divórcio, um dos cônjuges transfere seus bens para a pessoa jurídica da qual é sócio, com o objetivo de fraudar o outro cônjuge na partilha.

O tema por ser novo no Código de Processo Civil, traz algumas reflexões.

No primeiro capítulo o trabalho visa a responder a seguinte questão: A desconsideração da personalidade jurídica inversa aplicada na separação conjugal fere ou não a cláusula geral permissiva da desconsideração do artigo 50 do Código Civil? O estudo irá abordar algumas posições doutrinárias a respeito da fundamentação permissiva da desconsideração da personalidade jurídica inversa.

Segue-se no segundo capítulo analisando os fundamentos para a desconsideração inversa da personalidade jurídica, apresentando os argumentos trazidos pela Ministra Nancy Andrighi, demonstrando se trata ou não de uma responsabilidade civil sem culpa.

No terceiro e último capítulo será trabalhado o procedimento e a natureza jurídica do instituto de acordo com as normas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADA NO DIVÓRCIO ESTÁ PREVISTA NA CLÁUSULA GERAL DO ARTIGO 50, DO CÓDIGO CIVIL?

O princípio da autonomia patrimonial é consagrado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1024 do Código Civil. Segundo o referido princípio os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais¹.

A pessoa jurídica é um importante instrumento para o exercício da atividade empresarial. Seu principal objetivo é a separação patrimonial entre os bens de seus sócios e os bens da sociedade, fazendo com que cada massa patrimonial responda separadamente em relação às obrigações contraídas². A personalidade jurídica das sociedades deve ser utilizada para fins legítimos, quando tais propósitos não são respeitados, não se pode fazer prevalecer o dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios³.

Tomazette⁴ conceitua a desconsideração da personalidade jurídica como sendo a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica. O uso indevido e ilegítimo faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.

Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho⁵ afirma: “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou de abuso de direito”.

Tomazette⁶ afirma que o primeiro caso em que a desconsideração da personalidade jurídica foi aplicada ocorreu em 1897 na Inglaterra, e ficou conhecido como *Caso Salomon x Salomon Co.* No Brasil, devemos dar destaque especial ao artigo de Rubens Requião, publicado em 1969, com o título “Abuso de direito e fraude através da personalidade”⁷.

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.> Acesso em: 17out.2017.

² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 247.

³ Ibid. p.247.

⁴ Ibid.

⁵ TOMAZETTE apud COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.92

⁶ TOMAZETTE, op.cit, p. 249.

⁷ Ibid. p. 251.

Inicialmente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica previa a desconsideração em relação à sociedade para se atingir os bens dos sócios, conforme artigo 50 do Código Civil⁸. Ocorre que com o passar dos tempos, surgiram casos em que os sócios contraíam dívidas pessoais, transferiam seus bens particulares para o patrimônio da sociedade e fraudavam os credores da pessoa natural. Nesse sentido, surgiu a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica⁹.

Segundo Ulhoa¹⁰, a desconsideração inversa da personalidade jurídica é “o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

Na desconsideração inversa, ocorre o caso em que o sócio utiliza-se da pessoa jurídica para esconder dos credores o seu patrimônio pessoal, transferindo-os por inteiro à pessoa jurídica e evitando com isso que seus bens sejam responsabilizados por dívidas pessoais¹¹.

No direito das famílias a desconsideração inversa é utilizada para os casos em que o cônjuge ou companheiro esvazia seu patrimônio, como pessoa natural, e o integraliza na pessoa jurídica com o intuito de afastar o outro da partilha.

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica deve ser afastada quando o cônjuge registra seus bens de maior valor em nome da sociedade para livra-los da partilha a ser realizada nos autos da divórcio judicial¹².

Para que seja aplicada a desconsideração inversa, deverá estar caracterizado o desvio de bens, a fraude ou abuso de direito por parte dos sócios que se utilizam da personalidade jurídica para fraudarem futura partilha em divórcio judicial, esvaziando seu patrimônio e prejudicando o ex-cônjuge¹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica direta tem seu fundamento no art. 50 do Código Civil que prevê que:

Art. 50, CC: 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

⁸ BRASIL, op.cit., nota 1.

⁹ Ibid. p.291.

¹⁰ Ibid. p.92.

¹¹ TOMAZETTE, op.cit. p. 291.

¹² FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo Filgueiras, *Desconsideração inversa da Personalidade Jurídica*.

Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28632-28650-1-PB.pdf> > . Acesso em: 09 out.2017. p. 2.

¹³ Ibid.

efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica¹⁴.

Muito se discutia se a desconsideração inversa da personalidade jurídica aplicada ao direito das famílias estava contida na regra do artigo 50, do Código Civil.

Segundo a Ministra Nancy Andrichi¹⁵ a desconsideração inversa da personalidade jurídica existe com o mesmo fundamento da desconsideração propriamente dita, que é “combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios”. Mais especificamente no direito das famílias, a desconsideração inversa tem a intenção de evitar a fraude à meação realizada através do uso abusivo da pessoa jurídica.

Nesse sentido apresenta a Ministra¹⁶:

No campo familiar, a desconsideração da personalidade jurídica, compatibilizando-se com a vedação ao abuso de direito, é orientada para reprimir o uso indevido da personalidade jurídica da empresa pelo cônjuge (ou companheiro) sócio que, com propósitos fraudatórios, vale-se da máscara societária para o fim de burlar direitos de seu par. Nessa medida, o que se pretende aqui, com a *disregard doctrine*, é afastar momentaneamente o manto fictício que separa os patrimônios do sócio e da sociedade para, levantando o "véu" da pessoa jurídica, buscar o patrimônio que, na realidade, pertence ao cônjuge (ou companheiro) lesado.

Na seara do direito das famílias, a desconsideração se justifica mesmo que não haja, previamente à transferência dos bens para a sociedade, uma dívida patrimonial líquida e certa. O sócio ao transferir o bem para a sociedade não o faz, a fim de fraudar credores, mas sim com o intuito de fraudar o outro cônjuge e subtrair do companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva¹⁷.

Estando comprovado que a pessoa jurídica está sendo utilizada de forma ilícita por seus sócios causando prejuízos a terceiros, no caso o outro cônjuge, é de se aplicar a regra da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, a fim de garantir os direitos matrimoniais¹⁸.

Em casos de separação matrimonial pode ocorrer de um cônjuge desejar prejudicar o outro por não concordar com a separação e utiliza-se da pessoa jurídica para causar as lesões.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > . Acesso em: 09 out.2017.

¹⁵ Idem. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 1.236.916/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013. DJe 28/10/2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131125-09.pdf>. Acesso em: 09 out.2017.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ FILGUEIRAS, op.cit. p. 8

Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho¹⁹ defende a aplicação da desconsideração inversa para se evitar fraude na partilha dos bens comuns. Ao registrar os bens comuns em nome da pessoa jurídica sob o seu controle, o cônjuge visa a excluí-los da massa familiar, sob o ponto de vista formal. Aplicando a desconsideração da autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio.

Sendo assim, segundo posicionamento da Ministra Nancy Andrichi²⁰, “a partir de uma interpretação teleológica do artigo 50 do Código Civil²¹, é possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador”. O artigo 50 do Código Civil²² é aplicado na desconsideração inversa, pois o seu objetivo é evitar o uso fraudulento da pessoa jurídica, seja quando a pessoa jurídica transfere seus bens para os sócios, seja do modo inverso, quando os sócios transferem seus bens para a pessoa jurídica visando fraudar terceiros.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA APLICADA NO DIVÓRCIO SERIA UMA HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DESCUMPRIMENTO OBRIGACIONAL E SEM CULPA?

Conforme apresentado no Capítulo 1 deste artigo, o Superior Tribunal de Justiça, através da Ministra Nancy Andrichi, autorizou a aplicação do incidente da desconsideração inversa da personalidade jurídica no caso de divórcio judicial.

O presente capítulo terá o objetivo de demonstrar os fundamentos que permitem a aplicação do incidente. A desconsideração da personalidade jurídica analisada ocorre perante uma situação em que, inicialmente, não há obrigação pecuniária a ser cumprida e inexistente responsabilidade civil. Seria uma hipótese de responsabilidade sem culpa?

No Direito Romano²³ era previsto a responsabilidade sem culpa, e o causador do dano deveria ser punido de acordo com a pena de Talião. A experiência romana demonstrou

¹⁹ FILGUEIRAS apud COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Comercial*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 1.236.916/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013. DJe 28/10/2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131125-09.pdf>> Acesso em: 09 out.2017.

²¹ Idem, op.cit., nota 1.

²² Ibid.

²³ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016, p. 484.

que a responsabilidade sem culpa poderia trazer para a sociedade situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. A partir dessa experiência, a responsabilidade sem culpa foi vedada do ordenamento jurídico em todo o Direito Comparado, tendo sido implementada a regra da punição ao causador do dano apenas em situações de responsabilidade mediante culpa.

Segundo Tartuce²⁴ três situações podem gerar a responsabilidade civil: o descumprimento obrigacional, a desobediência de uma regra estabelecida em um contrato e a inobservância de um preceito normativo que regule a vida civil. Em resumo, no Código Civil Brasileiro de 2002, quanto à origem, a responsabilidade civil se divide em responsabilidade civil contratual ou negocial (inadimplemento de uma obrigação), e responsabilidade civil extracontratual (fundada no ato ilícito ou no abuso de direito)²⁵.

Quando da existência da responsabilidade civil, surge o dever de indenizar a pessoa lesada. Segundo Maria Helena Diniz²⁶ temos três pressupostos do dever de indenizar, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Já Silvio de Salvo Venosa²⁷ leciona que quatro são os elementos do dever de indenizar: a) ação ou omissão voluntária; b) relação de causalidade ou nexos causal, c) dano e d) culpa.

Os citados autores apresentam a culpa com enfoques diferentes. Porém, não há dúvidas que ambos consideram a culpa genérica como pressuposto do dever de indenizar, ou seja, para que a parte seja obrigada a indenizar deve estar presente a culpa *lato sensu*.

Presente o dever de indenizar, o art. 942 do Código Civil²⁸ consagrou a responsabilidade civil patrimonial, ou seja, o agente que realizou a conduta passível de indenização²⁹ responde com o seu patrimônio.

²⁴ Ibid. p. 483.

²⁵ Importante destacar que, segundo o Autor, esse modelo dual ou binário foi mantido pelo Código Civil. Todavia, a tendência é de unificação das responsabilidades civil, como consta, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, que não faz a citada divisão.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.7.19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42,

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p.839.

²⁸ BRASIL, op.cit. nota 1.

²⁹ TARTUCE, op.cit., p. 505.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

O artigo demonstra que a indenização deve recair sobre os bens do responsável pessoa natural ou pessoa jurídica. Com a tentativa de ocultar o patrimônio, seja transferindo-os para os sócios da pessoa jurídica ou ao inverso, faz-se imprescindível a desconsideração da personalidade jurídica.

Em grande parte das situações que ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, seja ela na modalidade direta ou inversa, estão presentes previamente e de forma evidente os pressupostos apresentados acima (obrigação, responsabilidade civil e dever de indenizar), exceto na aplicação no Direito das famílias.

Quando o cônjuge, imaginando um possível divórcio começa a transferir os bens para a pessoa jurídica da qual é sócio, não é detentor de nenhuma obrigação, muito menos responsabilidade civil ou dever de indenizar, a princípio tal transferência é válida e legítima. Então qual o fundamento para posteriormente esse ato ser invalidado e os bens ingressarem na partilha em decorrência do divórcio judicial?

Maria Berenice Dias³⁰ aponta como primeiro fundamento o fato de ao consorte lesado ser garantido o exercício do seu direito sobre os bens comunicáveis. Portanto o ato de transferência dos bens para a pessoa jurídica, retirando os bens comunicáveis da partilha, apesar de se realizar de forma perfeita, quanto ao seu fundo e à sua forma é ineficaz.

Outro argumento apresentado é de cunho constitucional. O artigo 5º, XXIII da CRFB/88 prevê o princípio da função social. A sociedade empresária carrega uma personalidade relativizada conferida pelo Estado, tendo em conta a função social que se propõe realizar. Portanto, esse mesmo Estado pode desconsiderar a autonomia e independência concedidas à sociedade, sempre que seu objeto estiver sendo desviado ou descumprido. O meio ilícito usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial é que compromete sua higidez³¹.

No voto³² que permitiu a desconsideração inversa da personalidade jurídica no Direito das Famílias, a Ministra Nancy defende que independentemente de não existir obrigação prévia, deve ser feita uma interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil³³

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 350.

³¹ *Ibid.* p. 351.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 1.236.916/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013. DJe 28/10/2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131125-09.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2018.

³³ *Idem.* op.cit. nota 1.

visando analisar a finalidade da norma e conformá-la aos princípios da justiça e bem comum³⁴. O principal objetivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Segundo a Ministra, o ordenamento jurídico brasileiro não poderia legitimar uma situação de lesão.

Além desses argumentos que já justificariam a desconsideração da personalidade e a proteção ao cônjuge lesado, a Ministra ao final de seu voto³⁵ apresentou o principal fundamento: o de que o ato de transferência de bens comunicáveis para a sociedade empresária visando lesar o cônjuge é uma espécie de abuso de direito. Com isso, estamos diante de uma responsabilidade civil aquiliana baseada no art. 187, do Código Civil de 2002: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sendo assim, muitos são os fundamentos que justificam a aplicação do instituto no direito das famílias. Respondendo à pergunta inicial, mesmo que no início da transferência dos bens comunicáveis o sócio não tenha nenhuma responsabilidade civil ou dever de indenizar, o ato fraudulento é considerado abuso de direito, surgindo, assim, a responsabilidade civil extracontratual. Em decorrência da responsabilidade civil temos o dever de indenizar, obrigação que como demonstrado recai sobre o patrimônio do agente sendo esse o principal motivo da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

3. O PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A EFETIVA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO.

Nos capítulos anteriores ficou demonstrado a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica e seus fundamentos. O presente capítulo tem como objetivo apresentar o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, previsto de forma inédita no Código de Processo Civil de 2015.

³⁴Idem. *Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro*, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 20 fev.2018

³⁵ Idem. Superior Tribunal de Justiça. Resp n.º 1.236.916/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013. DJe 28/10/2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131125-09.pdf>> Acesso em: 20 fev.2018.

O Código de Processo Civil de 1973 não previa um procedimento a ser seguido para se desconsiderar a personalidade jurídica, cabendo ao Magistrado definir como deveria ocorrer a desconsideração.

Com a falta de previsão legal o procedimento de desconsideração era deferido de qualquer maneira, em algumas vezes sendo realizado de ofício e sem respeitar a garantia do contraditório tradicional. O tema não era pacífico no Superior Tribunal de Justiça, havendo decisões que decretavam a nulidade de desconsiderações da personalidade jurídica proferidas sem a observação do contraditório tradicional, enquanto outras admitiam o contraditório diferido³⁶.

O Novo Código de Processo Civil³⁷ sanou as principais dúvidas ao prever em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A criação legal de um incidente processual afastou divergência doutrinária a respeito da forma processual adequada e a natureza da desconsideração da personalidade jurídica: trata-se de uma intervenção de terceiro, um incidente processual e não de uma ação autônoma³⁸.

Antes de analisarmos o procedimento e suas particularidades na aplicação no direito das famílias, importante destacar que o artigo 133, §2º CPC/15³⁹ determinou a aplicação dos dispositivos à desconsideração inversa da personalidade jurídica, modalidade aplicada ao direito das famílias.

Em regra, o procedimento previsto no Código de Processo Civil é de observância obrigatória, nesse sentido é a previsão do artigo 795, §4º CPC/15⁴⁰: “§ 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

Excetua-se a essa regra o caso em que a desconsideração da personalidade jurídica é requerida na inicial. Segundo Didier⁴¹ se o requerimento for formulado já na petição inicial, o autor pode valer-se da técnica do litisconsórcio eventual caso formule pedido dirigido também à sociedade. Formula-se um pedido contra a pessoa jurídica e, eventualmente, o pedido de desconsideração contra o sócio. Nesse ponto temos a primeira particularidade da aplicação da

³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* - Volume único. 9. ed. – Salvador. JusPodium, 2017. p. 379.

³⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil / 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 mar. 2018.

³⁸ NEVES, op.cit. p.376.

³⁹ BRASIL. op cit. nota 37.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador. Jus Podium 2016. p. 527.

desconsideração no direito das famílias que é a inversão dessa ordem, primeiro se formula o pedido contra o ex-cônjuge e eventualmente contra a pessoa jurídica.

Maria Berenice Dias⁴² defende que quando o pedido é realizado já na inicial o juiz pode declarar na própria sentença que decreta o divórcio a ineficácia do ato fraudulento praticado sob a veste da pessoa jurídica⁴³.

Não sendo requerido na inicial, o cônjuge prejudicado deve respeitar o procedimento previsto no Código de Processo Civil.

Conforme já mencionado, trata-se de um incidente processual. Conforme artigo 134, caput, CPC/⁴⁴, é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial,.

Antiga divergência doutrinária era a respeito se poderia ou não ser determinada *ex officio* pelo órgão julgador. Didier⁴⁵ afirma que o artigo 133 veda a possibilidade de desconsideração de ofício. O incidente depende de pedido da parte, no caso do direito das famílias o cônjuge prejudicado, ou do Ministério Público, nos casos em que justificam a sua intervenção⁴⁶.

Outra particularidade do procedimento no direito das famílias é que o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica será dirigido à pessoa jurídica, cujo patrimônio se busca alcançar.

No capítulo 2 foram apresentados os fundamentos e pressupostos legais que justificaram a aplicação do instituto no direito das famílias. O pedido de instauração do incidente deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a intervenção sob pena de inépcia⁴⁷, nesse sentido artigo 134, §4º CPC/15.

Didier⁴⁸ afirma que não bastam alegações genéricas de que a parte deseja desconsiderar a personalidade jurídica. A desconsideração é uma sanção para a prática de atos ilícitos, é preciso que a suposta conduta ilícita seja descrita no requerimento, para que o sujeito possa defender-se da acusação.

⁴² DIAS, op.cit. p. 351.

⁴³ Em sentido contrário, Daniel Amorim entende que estando o incidente maduro para imediato julgamento, o que em regra deve sempre ocorrer antes do momento da prolação da sentença, não faz menor sentido manter-se o estado de indefinição jurídica quanto à responsabilidade secundária de terceiros.

⁴⁴ BRASIL, op.cit. nota 37.

⁴⁵ DIDIER JR. op. cit. p. 526.

⁴⁶ Como é possível a instauração em qualquer fase do processo, o artigo 932, VI, do CPC determina a competência do relator decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originalmente perante o tribunal.

⁴⁷ DIDIER, op. cit. p. 527.

⁴⁸ Ibid. p. 527.

Instaurado o incidente suspende-se o processo principal⁴⁹, e o sócio ou a pessoa jurídica (no caso do direito das famílias, a pessoa jurídica), será citada para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias⁵⁰. Com essa previsão, sedimentou o entendimento de que o contraditório deve ser prévio a decisão que declara a desconsideração.

Daniel Amorim⁵¹ defende que sendo necessária a produção de prova, que poderá ser requerida por qualquer das partes envolvidas no incidente processual, todos os meios de prova em Direito serão admitidos em respeito ao princípio do contraditório.

Destaca ainda⁵², que quem será citado a se manifestar é a pessoa jurídica. Significa que o demandado no processo de divórcio (ex-cônjuge), não será intimado a se manifestar. Nesse ponto, o autor faz uma crítica à disposição legal: “Considero, entretanto, que o legislador não foi bem ao excluir o demandado do contraditório, porque este também tem legitimidade e interesse no pedido de desconsideração da personalidade jurídica”.

Após a realização de um efetivo contraditório, em que será permitido às partes produzirem suas provas e influenciarem na decisão do magistrado, o incidente será resolvido por decisão interlocutória⁵³, impugnável por agravo de instrumento. Se for por decisão do relator, o caso é de agravo interno⁵⁴, e por fim, se o juiz decidir o incidente na sentença do divórcio, o caso é de apelação⁵⁵.

Fredie Didier⁵⁶ caracteriza a decisão como sendo decisão de mérito, apta à coisa julgada e à ação rescisória.

Sendo assim, foi de extrema importância a previsão trazida no Código de Processo Civil a respeito do procedimento para desconsiderar a personalidade jurídica. Caso não seja requerida na petição inicial do processo de divórcio, a desconsideração inversa da personalidade jurídica deve ocorrer de acordo com as normas previstas. Muitas divergências foram sanadas, principalmente a vedação da concessão *ex officio* e a garantia do contraditório prévio, concretizando o princípio constitucional do artigo 5º, LIV, Constituição Federal⁵⁷.

⁴⁹ BRASIL. op. cit. nota 37, art. 134, §3º.

⁵⁰ Ibid, art. 135.

⁵¹ AMORIM, op.cit. p. 380.

⁵² Ibid. p. 380.

⁵³ BRASIL. op. cit. nota 37.

⁵⁴ Ibidem. art. 136, par. ún.

⁵⁵ Ibidem. art. 1009.

⁵⁶ DIDIER JR, op. cit. p. 528.

⁵⁷ “ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”

CONCLUSÃO

A existência da personalidade jurídica é o principal instrumento da atividade empresarial. A separação patrimonial é uma importante garantia aos administradores e sócios de que, a princípio, dívidas da sociedade empresária não atingirão o patrimônio particular. Em regra, cada massa patrimonial deve responder por suas dívidas correspondentes, débitos societários serão garantidos no patrimônio da sociedade empresaria, e débitos particulares na massa patrimonial individual de cada sócio.

Ocorre que essa blindagem patrimonial legalmente prevista teve sua utilização desviada. A transferência de bens entre sócios e a pessoa jurídica começou a ser realizada de forma indevida com o intuito de se esvaziar a massa patrimonial tornando impossível a quitação de débitos anteriormente adquiridos. Além de prejudicar credores essa prática tornava a prestação judicial ineficaz. Em um primeiro momento, reconhecia - se o direito, mas no momento da execução, de atingir o patrimônio para saldar o débito, o devedor não possuía bens porque havia os transferidos para a pessoa jurídica.

Com isso, a fim de se evitar o abuso na separação patrimonial entre sociedade empresaria e seus sócios, surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica numa tentativa de se adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada. A teoria evoluiu ao ponto de se permitir a desconsideração inversa da personalidade jurídica, àquela em que desconsidera a personalidade com o objetivo de se atingir o patrimônio da pessoa jurídica por dívidas pessoais de seus sócios.

Apesar da doutrina defender a aplicação do instituto no direito das famílias, inicialmente os Magistrados eram resistente em aplica-la nesse ramo do direito. Contudo, em 2013, o STJ permitiu a aplicação no divórcio em que o cônjuge transferiu seu patrimônio para a sociedade empresária com o intuito de prejudicar a outra parte no momento da partilha dos bens.

A correta decisão garantiu direitos oriundos da sociedade afetiva ao companheiro que a princípio sairia da partilha sem bens. O ordenamento jurídico não poderia chancelar uma transferência patrimonial com finalidade fraudulenta.

O instituto tem a aplicação embasada em fortes fundamentos. O companheiro lesado na partilha possui direito subjetivo sobre os bens comunicáveis. Além disso, a Constituição Federal afirma que a sociedade empresaria tem que cumprir com sua função social devendo ser combatida a utilização ilícita da personalidade jurídica.

Ademais, apesar de o cônjuge sócio ter a possibilidade de transferir seus bens para o patrimônio da sociedade empresária, o desvio da finalidade com o intuito de lesar o consorte configura uma hipótese de abuso de direito. O Código Civil de 2002 afirma que quem lesa o outro excedendo o limite do seu direito, realiza ato ilícito e todo ato ilícito que gera dano deve ser indenizado.

Sendo assim, acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça permitiu a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito das famílias. Os fundamentos são fortes no sentido de não permitir que a separação patrimonial entre bens da sociedade empresária e dos sócios prevaleça sobre o direito subjetivo aos bens comunicáveis na partilha.

Embora permitida a desconsideração da personalidade jurídica, não havia no ordenamento jurídico pátrio a previsão de qual procedimento seguir para efetivar a desconsideração. O Código de Processo Civil de 2015 inovou e trouxe a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica entre os artigos 133 e 137. O procedimento de desconsideração inversa da personalidade jurídica também deve obedecer ao regramento previsto. Com a normatização do procedimento garantiu-se o contraditório prévio, efetivando assim, o princípio constitucional do devido processo legal.

Destarte, essa pesquisa pretende sustentar a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito das famílias, quando ocorrer o abuso da personalidade jurídica na tentativa de fraudar a partilha no divórcio. Processualmente, deve seguir o rito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido pelo novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 17 out. 2017.

_____. *Código de Processo Civil / 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. *Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro*, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 1.236.916/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi,. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131125-09.pdf>> Acesso em: 09 out. 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador: Jus Podium 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.7.19. ed. São Paulo: Saraiva 2005

FILGUEIRAS, Isaura Meira Cartaxo Filgueiras, *Desconsideração inversa da Personalidade Jurídica*. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28632-28650-1-PB.pdf> > Acesso em: 09 out. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. – Salvador: JusPodium 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método 2016.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas 2010.