

PRESSUPOSTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA NAS DISSOLUÇÕES DE SOCIEDADES AFETIVAS

Raquel Nunes Bravo¹

RESUMO: A ideia principal do presente artigo é estabelecer, de forma dinâmica, além de outros, os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica inversa no direito de família, com ênfase nas dissoluções afetivas. Assim, a forma de aplicabilidade e extensão da desconsideração inversa torna-se imprescindível para julgamentos e discussão acerca da partilha de bens nas dissoluções afetivas, quando envolvem patrimônio transferido indevidamente à pessoa jurídica. A Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica assenta a aplicação em casos de fraude e abuso de direito, hoje positivada no ordenamento jurídico no artigo 50 do Código Civil vigente, caracterizado pelo desvio de finalidade, com a inserção da demonstração da confusão patrimonial, e, considerando também que há hipóteses de aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, acolhida excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, em que incidem com mera prova da insolvência da pessoa jurídica, é possível que se adote também a insolvência no Direito de Família, desde que, verificada a insolvência da sociedade conjugal, objetivando perquirir bens da pessoa jurídica que um cônjuge detém e transfere bens da sociedade familiar cujo acervo é levado à insolvência. Além dos pressupostos do artigo 50 do Código Civil é possível a aplicação da insolvência como pressuposto para a desconsideração na forma inversa, até porque ainda parte de uma construção jurisprudencial.

Palavras chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa; Dissoluções de Sociedades Afetivas; pressupostos

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pelotas – UCPEL. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Sulamericano de Ensino Superior – CESUL. Mestre em Direito Processual Civil, sub-área Relações Negociais pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogada. e-mail: adv.nunesbravo@hotmail.com

ASSUMPTIONS OF PIERCING THE CORPORATE VEIL REVERSE THE COMPANIES DISSOLUTION OF AFFECTIVE

ABSTRACT: The main idea of this research is to establish, dynamically, and others, the conditions for piercing the corporate veil in reverse family law, with emphasis on the affective dissolutions. Thus, the shape and extent of applicability of the inverse disregard it becomes essential for judgments and discussion about the division of property in affective dissolutions, affect asset wrongly transferred to the corporation. The Theory of Higher Disregard of Legal Personality based application in cases of fraud and abuse of rights, today positively valued in the legal in article 50 of the Civil Code, characterized by the diversion of purpose, with the inclusion of the statement of assets confusion, and also considering that there are chances of application of the Theory of Minor Disregard of Legal Personality, received exceptionally in Consumer Law and Environmental Law, which relate to mere proof of the insolvency of the corporation, it is possible that we adopt also the law of insolvency in family, provided that verified the insolvency of the conjugal partnership, aiming to acquire assets of the corporation that owns a spouse transfers assets of the company and family whose collection is brought to insolvency. In addition to the assumptions of the article 50 of the Civil Code, it is possible to apply the insolvency as a prerequisite to disregard the other way around, because even a part of judicial construction.

KEY-WORDS: Disregard of the Personality Reverse; dissolution of Affective Societies; assumptions.

1. INTRODUÇÃO

O tratamento dispensado aos membros da família era completamente diverso ao panorama jurídico atual no que se refere ao tratamento igualitário entre o homem e a mulher na administração da família e partilha equânime em caso de dissolução, entre outros.

Embora a Carta Política de 1937 já consagrasse o princípio da igualdade, a Constituição Federal de 1988 é que amplia tal princípio com a previsão expressa da “igualdade entre homem e mulher” (art. 5º CF) e que os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela e mulher” (art.226, §5º CF). Com efeito, a Constituição Federal de 1988 assegura a igualdade conjugal e entre companheiros. Certamente, os resquícios da superioridade masculina nas relações conjugais foram relevantes para o uso indiscriminado da pessoa jurídica, pois para os homens era inaceitável a divisão patrimonial com o cônjuge. Na medida em que surge a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e companheiros, nada mais justo do que a igualdade na partilha de bens, pois a contribuição para a manutenção e crescimento patrimonial é de ambos, ressalvado os casos em que há consenso quanto à separação total de bens.

É nesse cenário, a partir de situações fáticas, em ações judiciais envolvendo disputas patrimoniais - transferência de bens da sociedade conjugal para o patrimônio da pessoa jurídica - visando a esvaziar o patrimônio comum, em prejuízo da meação do outro cônjuge ou companheiro é que a Teoria da Desconsideração da Personalidade jurídica surge como instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica. Desse modo, pode-se dizer que a desconsideração da personalidade jurídica aplicada no Direito de Família tem suas bases na doutrina e na jurisprudência, enaltecendo os princípios intrínsecos de valores morais de todo e qualquer ordenamento jurídico, e se desenvolve na forma inversa.

Convém destacar que a técnica da *disregard* não é privilégio do sexo feminino, embora, no início, dele fossem as maiores vítimas, empregando-o toda vez que houver descompasso na partilha de bens por utilização indevida do instituto da pessoa jurídica.

No Direito de Família, particularmente nas dissoluções afetivas, a *disregard doctrine* é empregada inversamente, desconsiderando a autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e física e buscando na empresa bens que na verdade pertencem ao acervo comum dos cônjuges ou companheiros. O que merece maiores reflexões são os pressupostos para a sua efetiva utilização. Contudo a técnica pode ser aplicada até mesmo quando não haja previsão legal, por se tratar de instrumento de coibição de condutas contrárias aos princípios éticos do direito.

A aplicação da *disregard doctrine* inversa tem como pressuposto a confusão patrimonial prevista no artigo 50 do Código Civil. Entretanto como o Código de Defesa do Consumidor no art.

28, §5º amplia as incidências e aponta a insolvência como pressuposto o que reforça a necessidade de maior reflexão à medida que os direitos envolvidos nas relações familiares merecem um tratamento diferenciado pela comunidade jurídica.

Assim, considerando a vulnerabilidade dos direitos individuais envolvidos do cônjuge ou companheiro prejudicado é viável a aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica com base na insolvência uma vez que os direitos envolvidos necessitam de uma maior proteção e de mecanismos mais eficazes, como é o caso das dissoluções afetivas.

2 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Constituída a pessoa jurídica passa a ter personalidade jurídica, com certos atributos e características. Entre os efeitos mais importantes estão à autonomia patrimonial e os limites da responsabilidade. Quando tais atributos são desviados, é possível desconsiderar a personalidade jurídica. A desconsideração da personalidade jurídica atinge basicamente umas das suas maiores características: a autonomia patrimonial, que se refere à existência distinta da de seus membros, e, portanto, com patrimônios distintos.

No ordenamento jurídico pátrio foram adotadas duas Teorias quanto aos requisitos a serem preenchidos para que haja a desconsideração da personalidade jurídica. A Teoria Subjetiva ou Maior e a Teoria Objetiva ou Menor. A primeira adota como pressuposto a fraude e o abuso da personalidade jurídica. Assim, pela teoria subjetiva exige-se, cumulativamente à prova do dano sofrido por terceiro, a demonstração do abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade no uso da pessoa jurídica, por meio de ato intencional (fraude), voltado à produção de dano a terceiros ou violação à lei. Não se trata de um defeito estrutural, mas um defeito funcional, ou seja, a partir do mau uso da pessoa jurídica.

Pela redação do art. 50 do CC, o abuso da personalidade jurídica será caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. A separação das hipóteses pela conjunção “ou”, deixa claro que não são cumulativas, ou haverá desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Reforça Alexandre Couto Silva que:

Deve-se entender que o desvio de finalidade estabelecido no novo Código Civil trata-se do desvio do fim para o qual o ordenamento jurídico reconheceu a personalidade à pessoa jurídica, ou seja, trata-se de abuso de direito (2004, p. 460).

É inquestionável a contribuição de Fabio Konder Comparato no que se refere ao pressuposto empregado no art. 50 CC, “confusão patrimonial”, que na terceira parte em sua obra *Poder de Controle na Sociedade Anônima*, desenvolve a partir de casos práticos americanos, o

entendimento de que “a desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle” (1977, p. 273). Para o autor, os pressupostos de abuso e fraude são insuficientes para combater o desvio de poder e fraude à lei (*externa corporis*), uma vez que não consideram os casos em que se opera há ineficácia em favor do controlador.²

Dessa forma, nos casos em que houver confusão de patrimônio entre a sociedade e o sócio controlador, não há separação patrimonial e pode o controlador responder pelas obrigações com seu patrimônio (*externa corporis*). Como exemplo, bens em nome da empresa podem ser, na verdade, bens usados em benefício do controlador (1977, p. 333). E tal situação é de fácil compreensão, pois,

[...] a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral (COMPARATO, 1977, p. 333).

Veja-se que a confusão patrimonial é um elemento objetivo de caracterização para a aplicação da desconsideração e tem sua previsão expressa no artigo 50 do CC. Portanto, a Teoria Maior é composta por elementos subjetivos (abuso e fraude) e elemento objetivo (confusão patrimonial).

Partindo da mesma ótica, “poder de controle”, Fabio Konder Comparato apresenta outro critério de superamento. Nos casos em que a sociedade não possui mais patrimônio para cumprir com suas obrigações, responde o controlador com seu patrimônio pessoal para o pagamento das dívidas da sociedade. (1977, p. 333/335), considerando a insolvência como risco do negócio.

Comenta, ainda, o autor que:

Nos Estados Unidos, os tribunais já fixaram o princípio de que, quando o capital de uma companhia é manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade empresarial, o controlador (active shareholder) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens, no caso de insolvência da companhia. (1977, 334).

Este critério da insolvência refere-se à Teoria Menor da Desconsideração que parte do simples pressuposto de que a insolvência devidamente comprovada já é suficiente para a aplicação

² Fabio Konder Comparato cita a Sumula 486 do STF que admite “a retomada para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante do capital social.”, para exemplificar a questão da confusão patrimonial como caso superamento da separação patrimonial sem que houvesse abuso ou fraude. (1977, p. 334). Sobre a possibilidade de beneficiamento dos sócios discorda Alexandre Couto e Silva: “ Observa-se que, como já salientado neste trabalho, a teoria da desconsideração somente esta disponível aos credores da sociedade, não se podendo afirmar que essa é cabível a sócio ou a seu cônjuge como pretende Comparato”. (2000, p. 53).

da desconsideração, sem que seja perquirido o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Para isso, sustenta-se que a desconsideração ocorre com base no risco empresarial em que o terceiro não pode ser prejudicado.

Considerando a existência concomitante das duas teorias acima, a doutrina e a jurisprudência têm restringido a aplicação da Teoria Menor, apenas ocorre a desconsideração por simples insolvência, quando o bem jurídico tutelado mostra-se vulnerável, o de conotação social e de interesse público.

Não existe pressuposto da desconsideração, mas há pressupostos para a desconsideração, variáveis na medida em que variam as 'pessoas jurídicas' de que se cogita, os ramos do direito, os interesses tutelados (JUSTEN, 1987, p.95).

É importante que se faça uma relação entre os direitos tutelados e os critérios de aplicação da desconsideração, pois não restam dúvidas de que a prova da "formulação" subjetiva (COELHO, 2011, p. 64) do desvio de finalidade é bem mais complicada e de difícil acessibilidade, negando, às vezes, o próprio Direito. Na formulação objetiva, a simples demonstração da confusão patrimonial é suficiente. Nesse raciocínio, o critério da confusão patrimonial é forma de inversão do ônus da prova, em que se protegem algumas categorias de direitos como a do consumidor, meio ambiente e família, entre outros. (COELHO, 2011, p. 64).

Nesse enfoque, a Teoria Menor é adotada nas relações de trabalho, interesse do consumidor, na defesa do meio ambiente, e "nas relações materiais provenientes do Direito de Família. (MADALENO, 2009, p. 65).

Portanto, pode-se dizer que o precursor da aplicabilidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica Inversa no Brasil é Fábio Konder Comparato quando trouxe na obra "O Poder de Controle na Sociedade Anônima", fundamento para aplicação de forma inversa na confusão patrimonial como o pressuposto.

Aliás, essa 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 seu controlador.

A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obriga o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto. (1977, p.335)

Na doutrina de Fábio Konder Comparato (1977, p. 335), acima mencionada, é possível perceber que a origem da utilização da desconsideração inversa remonta à jurisprudência americana e tem como primeiro requisito analisado se a pessoa jurídica está sendo usada como meio de ocultar

bens pessoais do controlador ou sócio majoritário, desvirtuando, assim, a finalidade da pessoa jurídica. Após a análise deste primeiro requisito, é verificada a verdadeira confusão patrimonial. Não é possível separar dos bens da empresa os do sócio controlador ou majoritário, quando tais bens são usados pela própria pessoa física, mas estão em nome da empresa.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar da desconsideração inversa afirma que, “[...] desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação do sócio.” (2011, p.65), pressupõe que a fraude coibida pela desconsideração às avessas é “basicamente” o desvio de bens, feito pelo controlador da pessoa jurídica que muito embora esteja em nome da pessoa jurídica quem os usufrui e administra pessoalmente é o próprio devedor. (2011, p. 65).

Percebe-se que, enquanto na desconsideração da personalidade jurídica pretende-se atingir bens particulares dos sócios, na desconsideração inversa - ou para alguns às avessas - atinge-se o bem da sociedade. Conquanto a aplicação atinja pessoas de uma forma diversa, a finalidade é a mesma, qual seja, coibir a utilização do ente societário como meio de fraudar terceiros quando o devedor possui controle total da sociedade.

Dessa forma, mesmo que o ordenamento jurídico pátrio pressuponha uma lei para aplicação de um instituto, a teoria da *Disregard Doctrine* antes mesmo de uma normatização, tem como base doutrina e jurisprudência. O mesmo depreende-se da desconsideração inversa, pois, mesmo que não tenha uma normatividade direta, é possível, em uma interpretação teleológica finalística a aplicação por extensão da regra do artigo 50 do CC.³

Assim, como a desconsideração da personalidade jurídica, a desconsideração inversa tem o escopo de coibir a fraude quando a pessoa física, sócio majoritário ou controlador, transfere seus bens para o nome da pessoa jurídica. Salienta-se que tal ato comumente ocorre por ser aquele que detém controle total sobre a pessoa jurídica. Nesses casos, a pessoa física continua usufruindo dos bens, procedendo com interesse de fraudar terceiros. Enfim, a fraude fica exteriorizada pelo desvio de bens.

A doutrina do *disregard* é mais do que uma teoria, é uma técnica processual para aplicação do direito substancial, adequando os procedimentos a fim de que se realize o direito ao caso concreto. Essas aplicações somente são possíveis pela jurisprudência,⁴ tanto que o Superior

³ Agravo de Instrumento. Execução com garantia hipotecária sobre imóvel. Bem não localizado para avaliação. Decisão que determinou a penhora de bens de empresa estranha à lide. Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Ausência de localização de bem passível de penhora do executado. empresa localizada no mesmo endereço do executado. confusão patrimonial. abuso caracterizado. decisão mantida. agravo não provido. (TJPR - 13ª C.Cível - AI 722686-8 - Arapongas - Rel.: Rosana Andriguetto de Carvalho - unânime - j. 28.09.2011)

⁴ TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPROVIMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - FRAUDE À EXECUÇÃO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA - DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL COMPROVADOS. DECISÃO MANTIDA. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, deve ser aplicada com cautela, uma vez que constitui exceção ao princípio de que a sociedade não se confunde com a pessoa de seus sócios. Presente a efetiva comprovação da fraude à execução, do desvio de finalidade ou confusão patrimonial e ainda da prática de atos irregulares, há de ser

Tribunal de Justiça já manifestou como fundamento de aplicação da desconsideração inversa o artigo 50 do CC.⁵

Para que a personalidade jurídica efetivamente seja desconsiderada inversamente pelos julgadores, deverão estar presentes alguns pressupostos, quais sejam: o desvio de bens - simulação, a fraude ou abuso de direito, utilizando-se o sócio o manto da autonomia patrimonial a fim de transferir ou esconder bens, prejudicando os credores contratantes. No entanto não resta dúvida que o critério objetivo facilita a efetivação do direito, que no caso é a confusão patrimonial.

3. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA NO DIREITO DE FAMÍLIA: DISSOLUÇÕES DE SOCIEDADES AFETIVAS

Na esfera das relações afetivas, é problemático quando ocorre discórdia habitual, de maneira especial quando se trata de divórcio ou dissolução de união estável. Na maioria das vezes, é prosaico que aconteçam manipulações na celebração das mais diversas operações societárias que contrariam interesses do cônjuge ou companheiro. Para fins de apuração do patrimônio comum, considera-se como termo inicial o casamento, e da união estável, o início da convivência; e como final, a separação fática.

deferido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica inversa. (1.0702.99.023535-1/001, Relatora SELMA MARQUES, Publicação: 18/05/2009).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.

I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ.II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal *a quo* pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 948.117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22/06/2010, DJ 03/08/2010).

Com a nova redação do artigo 226, §6º dada pela Emenda Constitucional 66/10, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, não havendo mais a necessidade de qualquer lapso temporal ou motivo para dissolução, aproximando-o dos chamados direitos potestativos.

Com exceção do regime da separação total de bens, nos demais, durante o matrimônio ou convivência, forma-se um patrimônio comum àqueles que integram a sociedade familiar. Esse patrimônio é indiviso enquanto existir a relação, pois, uma vez terminada a relação de amor e afeto, surge a discussão quanto à partilha dos bens adquiridos a título oneroso.

Dessa forma, os bens que compõem o patrimônio comum pertencem à sociedade familiar. No entanto, enquanto esta pendurar não é possível estabelecer a cota parte disponível a cada um dos integrantes. Trata-se de um todo indiviso em que ambos possuem, os bens pertencem à sociedade familiar e integram o patrimônio comum, tendo cada um com a dissolução, direito à metade do patrimônio adquirido.

Não havendo possibilidade de acordo entre os cônjuges qualquer um deles poderá promover a ação de divórcio - que poderá ou não resolver a partilha como faculta o artigo 1581 CC. No entanto, ficam resolvidos os efeitos pessoais, permanecendo a discussão quanto à divisão dos bens. É mister ressaltar que a existência de patrimônio comum pressupõe sua partilha.

Nas ações de divórcio, deve o autor com a inicial elencar os bens comuns e, desde logo, apresentar comunicabilidade dos bens ao regime patrimonial, inclusive descrevendo os bens que deveriam pertencer ao acervo comum mas que estão em nome da pessoa jurídica ou, ainda, que não há acervo, pois houve transferência do patrimônio comum, apresentando o esboço da partilha. Ao réu cabe discordar dos bens e indicar outros que não estiverem arrolados, defender-se das alegações da outra parte quanto ao desvio de bens e também apresentar sua pretensão de partilha.

De qualquer forma, por interpretação sistemática, o juiz resolverá os pedidos das partes, momento em que será apreciado pedido de desconsideração inversa. Atendidos os requisitos, será determinado os bens partilháveis.

Nos casos de dissoluções de união estável as regras quanto os efeitos patrimoniais são quase idênticas. Contudo, na união estável, a forma de partilha dependerá do reconhecimento após a dissolução em que serão arrolados os bens adquiridos a título oneroso no período de convivência e terá cada convivente direito à meação – metade do patrimônio comum –, em processo judicial.

Com o aprimoramento do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, passou-se a adotar também no Direito de Família - ramo do Direito Civil, que inclui o direito sucessório - a forma inversa, que consiste em atingir bens de uma pessoa jurídica de direito privado por desvio dos bens do patrimônio afetivo. A sistemática da desconsideração inversa no Direito de Família é a mesma, desconsidera a pessoa física - afasta-se a autonomia patrimonial - para buscar os bens da

sociedade conjugal que foram desviados por um dos cônjuges ou companheiro. Na seara do Direito de Família a desconsideração sempre será inversa.

No caso das sociedades limitadas, em que um dos cônjuges detém o controle majoritário da empresa, ou até mesmo nas associações e fundações em que o poder de comando é centralizado, é possível a prática de desvio de bens pertencentes ao acervo patrimonial da sociedade conjugal para o patrimônio da pessoa jurídica, sem que tal conduta, a princípio, seja ilícita, considera-se que o ato de transferência é lícito. Ocorre uma completa confusão patrimonial entre os bens particulares e sociais, pois ainda que estejam em nome da pessoa jurídica é o próprio sócio, associado ou administrador que o utiliza em benefício da sociedade afetiva.

Rolf Madaleno consagra a tese de que a confusão patrimonial é pressuposto principal da desconsideração inversa quando leciona que:

Essa técnica jurídica de responsabilizar a sociedade empresária por ato abusivo de seus sócios ou administradores é chamada de desconsideração inversa, só se legitimando quando a sociedade se tornou mera extensão da pessoa física do sócio, como pode acontecer quando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual é sócio, entre tantas outras previsíveis situações de fraude a direitos e obrigações de ordem civil e especialmente familiar (2009, p.79-80).

De qualquer forma, a situação somente será revelada quando da dissolução da sociedade afetiva, quando um dos cônjuges ou companheiros, se der conta de que os bens matrimoniais não estão em nome de um ou de outro e sim da pessoa jurídica.

Dentro das relações familiares, independente de fraude ou abuso, a confusão patrimonial será o pressuposto, sendo a fraude e/ou abuso, meras consequências. Considerando a natureza do direito invocado, a insolvência também passa a ser pressuposto.

No tocante à aplicação da desconsideração inversa no Direito de Família afirma Rolf Madaleno que:

É larga e procedente a sua aplicação no processo familiar, principalmente frente à constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, se não todo, o rol mais significativo de seus bens [...] quando o marido transfere para a sua empresa o rol significativo de seus bens matrimoniais, sentença final de cunho declaratório haverá de desconsiderar esse negócio específico flagrado a fraude ou o abuso, havendo, em consequência, como matrimoniais esses bens, para ordenar a sua partilha no ventre da separação judicial, na fase destinada a sua divisão já considerados comuns e comunicáveis (1998, p.27).

Quando se trata da questão de dissolução em que um dos cônjuges ou conviventes possuem cotas sociais em uma pessoa jurídica, é mister destacar que só enseja a aplicação da teoria

inversa quando ocorrer a transferência de cotas indevida ou um aumento de cotas fruto da patrimônio comum.

Assim, a aplicação da *disregard doctrine* na forma inversa pode resultar em inúmeros efeitos: o retorno dos bens desviados ao acervo conjugal e posterior partilha; compensação até o montante dos bens desviados em benefício do cônjuge ou companheiro prejudicado; desconsideração de qualquer espécie de alteração societária retornando as cotas para o acervo familiar para posterior partilha. (MADALENO, 1998, p. 81).

Com efeito, sempre que um dos cônjuges ou companheiro adquire ou transfere bens em nome da pessoa jurídica, mas continua em posse deles e usufruindo-os, pressupõe-se que exerce uma condição de comando perante a pessoa jurídica; por isso, pelo desvio de bens, verifica-se a confusão patrimonial. Da mesma forma quando há transferência do patrimônio comum à pessoa jurídica é possível visualizar a insolvência do acervo comum a ensejar a responsabilidade da pessoa jurídica por ato de seu controlador.

4 PRESSUPOSTOS DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA NAS DISSOLUÇÕES AFETIVAS: CONFUSÃO PATRIMONIAL E INSOLVÊNCIA

Tratando-se de desconsideração inversa nas dissoluções afetivas, o enfoque deste ponto é quanto aos pressupostos para sua aplicação, não olvidando que toda vez que há o mau uso da pessoa jurídica é aplicada a desconsideração inversa.

Portanto, haverá desconsideração inversa quando o patrimônio da sociedade for uma extensão do patrimônio da pessoa física. Aquele que desvia bens particulares para a pessoa jurídica detém o “poder de controle” (COMPARATO, 1977, p.335). A confusão patrimonial como pressuposto é geralmente aplicada na desconsideração inversa e não só no Direito de Família.

Geralmente, a aplicação da desconsideração inversa ocorre quando há desvio de bens, o devedor que detém o controle de uma pessoa jurídica transfere seus bens ou direitos a esta e, assim, por meio do desvio de bens, visualiza-se a confusão patrimonial.

Por outro lado, na desconsideração inversa busca-se o patrimônio da pessoa jurídica porque há confusão patrimonial com o patrimônio da pessoa física do sócio. Sua aplicação no Direito de Família justifica-se pela essência da teoria da desconsideração inversa, ou seja, havendo confusão patrimonial, a sociedade responde pelas dívidas do controlador (COMPARATO, 1977, p.335).

Quando se trata de dissolução afetiva e sua aplicação inversa é possível estender como pressuposto a insolvência. Toda vez que o acervo patrimonial comum afetivo for insolvente, objetivamente não há bens a serem partilhados e existem bens em nome da pessoa jurídica, há de se

possibilita a aplicação inversa. Assim se busca os bens do patrimônio da pessoa jurídica para satisfação do credor familiar. É claro que o cônjuge, também, neste caso, exerce o poder de controle da pessoa jurídica. Portanto, em ambas as hipóteses, aquele que fica insolvente ou desvia bens, faz isso por possuir o controle da pessoa jurídica.

Fábio Konder Comparato trás para o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do direito francês, a responsabilidade do titular do controle pelas dívidas em nome da sociedade anônima; no primeiro momento, a responsabilidade dos administradores ocorria quando tivessem agido com dolo ou culpa. O autor menciona a lei francesa que alterou o regime ao determinar responsabilidade pessoal do “presidente diretor geral”, nos casos de falência de sociedade anônima o que ele chamou de uma espécie de presunção de culpa. (1977, p. 324).

A partir dessa concepção, explica o autor que a responsabilidade dos administradores deixa de ser em razão de culpa, mas sim de culpa presumida quando houver insolvência. Diz ainda “[...] a antiga vinculação entre responsabilidade e poder de gestão transmutou-se numa relação entre responsabilidade e o poder de controle.” (1977, p. 324).

Com efeito, o pressuposto da insolvência no ordenamento jurídico brasileiro está prevista no parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor que diz: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Esse dispositivo permite a aplicação da desconsideração da personalidade quando se vislumbrar obstáculo ao ressarcimento. Também em matéria ambiental, a lei nº 9605/98 adotou o pressuposto da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica ao dispor, no artigo 4º que “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Para Flávia Lefèvre Guimarães, a redação do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC é uma extensão ilimitada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Assinala, ainda, que o termo “sempre” transmite a ideia de que “havendo o dano e estando a sociedade insolvente” responde o patrimônio dos sócios (1998, p.84).

Tanto pela legislação consumerista como na ambiental, os bens jurídicos tutelados são vulneráveis. Em outras palavras, o sentido da norma coaduna-se com a ideia de Fábio Konder Comparato quanto à culpa presumida, pois desconsiderada a personalidade jurídica pela insuficiência de recursos financeiros estar-se-á dizendo que, de alguma forma, os sócios contribuíram para o resultado “insolvência”.

A palavra vulnerabilidade é de origem latina, derivando de *vulnus (ersi)* que significa “ferida”, sendo indubitavelmente definida como suscetibilidade de ser ferido, no sentido jurídico as pessoas que podem ser prejudicadas nos seus interesses pelos interesses de outrem (GIORGIS,

2009, P.68).“A vulnerabilidade é um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários de especial proteção, justificando-se o tratamento diferenciado em razão das suas condições políticas, sociais e culturais.” (MADALENO, 2010, p. 33).⁶

Na esfera judicial, envolvendo questões familiares, é notória a vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra, pois uma delas não detém os atributos necessários para garantir suas conveniências; não obstante a isonomia constitucional, a mulher ainda é maior vítima nas partilhas de bens.

Por conta das relações familiares, especialmente o direito individual de cada cônjuge ou companheiro na dissolução afetiva, a questão patrimonial também envolve a proteção pelo Estado, já que se trata de direitos pessoais e fundamentais da pessoa humana. O bem que se pretende tutelar justifica uma nova abordagem quanto a desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, nas partilhas de bens são discutidas não só questões patrimoniais, mas, acima de tudo, direitos pessoais de cada envolvido, pois a parte prejudicada trabalhou e ajudou na construção de um patrimônio que corresponde ao patrimônio comum, mas vê-se desprovida dos recursos financeiros e econômicos devido à conduta do outro cônjuge ou convivente.

Em razão disso, na aplicação inversa no Direito de Família, a simples confusão patrimonial é suficiente para aplicação da desconsideração inversa. Assim como a insolvência poderá ser aplicada quando insolvente a sociedade conjugal e perquirir-se bens da sociedade empresarial, haja vista os atos do seu controlador, fazendo com que tais bens retornem ao acervo matrimonial comum para posterior partilha.

Não se pode olvidar que os critérios objetivos para o superamento da pessoa jurídica são mais eficientes e não impedem a defesa da outra parte; somente invertem a posição da prova, como é o caso da sua inversão, prevista no artigo 6º, VII, do CDC. Portanto, a aplicação dos pressupostos da confusão patrimonial e da insolvência na desconsideração inversa ocorre a partir do caso concreto verificando a vulnerabilidade dos envolvidos, como nos casos das dissoluções afetivas.

⁶Importa destacar que a vulnerabilidade é inerente a existência da pessoa humana e não se confunde com a ideia de hipossuficiência. A vulnerabilidade não está ligada a critérios econômicos e financeiros, mas sim em situação de desvantagem que faz com que seja ofendida em sua integridade física ou psicológica que poderá trazer consequências econômicas e financeiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a Constituição Federal de 1988 e consenso comum, a família é a base da sociedade. *Lato sensu*, forma-se pelos indivíduos unidos por laços consanguíneos e por afinidade; *Stricto sensu*, constitui-se formada por aqueles que convivem num grupo cuja finalidade é a subsistência mas também a aquisição e manutenção de bens. Dentre o conjunto desses membros destaca-se o casal, que vive em união afetiva e, além do sentimento, constroem um patrimônio.

Isto posto, a desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento de coibição da má utilização da separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica e os membros que dela fazem parte.

Quanto aos pressupostos para a aplicação da desconsideração, há duas correntes no Brasil. A Teoria Maior, que considera o abuso caracterizado pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial, e a Teoria Menor, em que a prova de insolvência da empresa é pressuposto único para a desconsideração. Ambas vigoram concomitantemente, embora em legislações distintas - por exemplo, artigo 50 CC Teoria Maior e artigo 28, §5º, CDC, Teoria Menor, cujos pressupostos serão utilizados conforme o bem jurídico que se deseja tutelar.

Acompanhando o modo de surgimento da desconsideração da personalidade jurídica, surge a desconsideração inversa. Isto é, a desconsideração dos patrimônios distintos para buscar no patrimônio da sociedade o pagamento de dívidas em nome do sócio, sendo mais comum quando devedor detém o poder de controle da pessoa jurídica desviando, bens que seriam particulares para o patrimônio da entidade empresarial, numa completa confusão patrimonial.

A temática desta pesquisa consiste na aplicação da desconsideração inversa nas dissoluções afetivas, quando um dos cônjuges, valendo-se da forma da pessoa jurídica, pratica atos de transferência de bens pertencentes ao acervo conjugal para o nome da empresa, com a finalidade precípua de prejudicar a meação de um dos partícipes.

Portanto, entende-se que a confusão patrimonial é o grande pressuposto para a desconsideração inversa nas dissoluções afetivas, visto que análise de como se deu o desvio de bens, se por abuso ou fraude, é irrelevante para a aplicação, posto que em havendo a prova, aplica-se a técnica inversa.

Considerando que, se houver a transferência do patrimônio conjugal para a empresa, ocorre a insolvência do acervo pertencente aos cônjuges, ambos estarão em situação de insolvência e nada mais conveniente do que a aplicação, também, da técnica, pela simples constatação do fato. É o tratamento a ser aplicado às relações familiares, posto que os bens jurídicos tutelados recebem um

tratamento distinto pelo ordenamento jurídico por serem vulneráveis; desse modo, é possível entender a insolvência como pressuposto da desconsideração inversa no Direito de Família.

Convém ressaltar que não com tais pressupostos que deve ser aplicada a desconsideração inversa, porquanto o ordenamento jurídico contempla outras possibilidades de constatação do desvio de finalidade da pessoa jurídica. O que se pretende é buscar meios para aperfeiçoar a aplicação da técnica na obtenção dos direitos de cada cônjuge de modo mais efetivo e célere.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 38ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 10ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 10ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 set. 1942. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 09 set. 1942.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Desconsideração da personalidade jurídica**: aspectos processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito de Família**: família; sucessões. 3 ed. ver.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.2.

_____. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de Controle na Sociedade Anônima**, 2 ed. Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica**: visão crítica da jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2009.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A prova dinâmica no direito de família**, São Paulo: Revista IOB, n. 55, ago/set 2009, p. 67/84).

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998.

JUSTEN filho, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da Personalidade Jurídica** (disregard doctrine) e os grupos de empresa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES, João Batista. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 92, dez.2003, vol.818, pag. 37/45.

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

_____. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Direito de Família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Novos Horizontes no Direito de Família**. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família: Aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial : estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Disregard doctrine. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 803, ano 91, set.2002, p. 751-764.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 27 ed. 2. Tiragem, 2008, v.2.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Alexandre Couto. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: limites para a sua aplicação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, out/2000, vol. 780, p.47.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais**. Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual. Coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2011.