

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL II

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

ZULMAR ANTONIO FACHIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Zulmar Antonio Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-697-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL II

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Porto Alegre, RS, entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos de Direito Civil Constitucional.

Na coordenação das apresentações do GT "Direito Civil Constitucional II", pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem este livro, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Dentre os artigos selecionados, observamos a seleção de temas relevantes como a responsabilidade civil, o direito à liberdade de expressão versus direito à intimidade, e artigo referente ao sempre importante tema sobre a teoria das incapacidades.

Abordados assuntos inovadores e ainda pouco explorados pela doutrina civil constitucional, como o direito ao esquecimento, o direito ao sossego, as Diretivas Antecipadas de Vontade (testamento vital e mandato duradouro), bem como o tema Herança Digital.

Por fim, e não menos importante, foram apresentados trabalhos relativos a grandes temas da área, como usucapião de bem público, registro Torrens, função social do contrato, o planejamento estratégico do direito como instrumento apto a viabilizar segurança jurídica nas empresas, planejamento sucessório e desconsideração da personalidade jurídica,

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Zulmar Antonio Fachin – UNICESUMAR

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

ESTATE PLANNING AND THE CORPORATE VEIL APPROACH

Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri ¹

Fernanda Sathler Rocha Franco ²

Resumo

O planejamento sucessório envolve um conjunto de estratégias voltadas para a transferência do patrimônio em razão da morte de uma pessoa. O recurso à sociedade personificada na modalidade de uma holding familiar esconde, por vezes, um risco que não é devidamente mensurado: a insegurança presente na utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica. O presente artigo, a partir de um estudo exploratório, pretende analisar esse risco presente em qualquer modelo de planejamento que se pautar na adoção de uma sociedade personificada.

Palavras-chave: Planejamento sucessório, Desconsideração da personalidade jurídica, Holding

Abstract/Resumen/Résumé

Estate planning involves a set of strategies aimed at the transfer of assets due to the death of a person. The recourse to the legal personality in the modality of a family holding sometimes hides a risk that is not properly measured: the insecurity present in the use of the technique of disregard doctrine (corporate veil approach). This article, based on an exploratory study, intends to analyze this risk present in any model of planning that is based on the adoption of a corporation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Estate planning, Disregard doctrine, Holding

¹ Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal de Juiz de Fora- UFJF- Doutor em Direito Civil pela UERJ.

² Mestranda em Direito e Inovação na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora- UFJF

1-INTRODUÇÃO

O planejamento sucessório envolve um conjunto de estratégias voltadas para a transferência do patrimônio em razão da morte de uma pessoa.¹ Não há como falar do planejamento sem se refletir sobre o próprio espaço da autonomia privada no campo jurídico.

Considerando-se que o ser humano desenvolve a sua personalidade dentro de contextos coletivos, como família, associações, sociedades; a sua tutela, pelo Direito, não pode ocorrer sem que sejam dimensionados os impactos da vivência em coletividade para o indivíduo e para a sua possibilidade de autodeterminação. A compreensão do livre desenvolvimento da personalidade mostra-se também fundamental em contextos coletivos, para que o ser humano receba tratamento jurídico adequado, que prestigie tanto a autonomia individual como a sua pertença ao coletivo.

Além da reflexão sobre o espaço da autonomia privada, qualquer planejamento pressupõe segurança jurídica. A escolha do modo mais eficiente para a consecução de um objetivo passa necessariamente pela valoração dos riscos e desafios presentes nos modelos disponíveis. Nos casos que envolvem a separação de patrimônios para a segregação do risco, é inegável que, principalmente no ordenamento brasileiro, a constituição de uma sociedade personificada com limitação da responsabilidade dos sócios continua sendo uma importante forma para a estruturação do planejamento sucessório. O recurso à sociedade personificada na modalidade de uma *holding familiar* esconde, por vezes, um risco que não é devidamente mensurado: a insegurança presente na utilização da técnica da desconsideração da personalidade jurídica. O presente artigo, a partir de um estudo exploratório, pretende analisar esse rico (in)visível presente em qualquer modelo que se pautar na adoção de uma sociedade personificada.

¹ TEIXEIRA, Daniela Chaves. *Planejamento Sucessório – Pressupostos e Limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

²² MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens – Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar*. São Paulo: Altas, 2018.

³ O tema da função do termo pessoa jurídica foi desenvolvido em: NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. *As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.

2- ARRANJOS SOCIETÁRIOS E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.

No planejamento sucessório tem-se destacado a utilização das chamadas *holdings familiares*. Inicialmente, é importante ressaltar que a *holding* não representa um tipo societário. O termo é utilizado para designar sociedades personificadas que atuam como titulares de participações societárias em outras sociedades. Nesse sentido, costuma-se separar a *holding pura*, cujo objeto social se restringe à titularidade de quotas ou ações de outras sociedades, da *holding mista*, que não se mostra estruturada exclusivamente para participação em sociedades, dedicando-se simultaneamente ao exercício de outras atividades econômicas.

De acordo com o artigo 2º, parágrafo 3º da Lei 6.404/76 uma companhia ou sociedade anônima pode ter por objeto participar de outras sociedades. Mesmo que não previsto no estatuto, é permitida a participação como uma forma de realização do objeto social ou, como ressaltado no próprio dispositivo, para beneficiar-se de incentivos fiscais. Ainda que prevista na lei da sociedade anônima, é importante notar que essas sociedades de participação podem adotar o formato de uma sociedade limitada.

É inegável que o artigo da Lei de S. A. não contempla a totalidade dos arranjos societários relacionados ao termo em questão. Nesse aspecto, é possível também a constituição de uma sociedade para a titularização de imóveis, tenham ou não finalidade locativa.² É comum se deparar, por exemplo, com o termo *holding patrimonial* ou *imobiliária*, devendo-se destacar que, nesse caso, a denominação se afasta da gramática tradicional do direito societário.

No planejamento sucessório, o controle da sociedade que administra o patrimônio fica geralmente com os ascendentes, sendo transferido para os filhos apenas após a morte do pai. Nota-se também, por vezes, a utilização do usufruto com a transferência para os herdeiros apenas da nua propriedade das quotas ou ações. Nesses casos, o(s) ascendente(s) fica(m) na condição de usufrutuário das participações societárias o que lhe(s) permite o controle da própria sociedade responsável pela administração do patrimônio e de outros investimentos da família.

²² MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens – Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar*. São Paulo: Altas, 2018.

Mesmo existindo uma variedade de arranjos societários que possam ser adotados de acordo com os interesses dos familiares, a combinação do planejamento sucessório com o societário passa necessariamente pela constituição de uma sociedade personificada.

A pessoa jurídica pode ser vista como um símbolo incompleto, isto é, como um termo que não descreve qualquer ente da realidade, mas apenas simplifica situações jurídicas. Sua função seria facilitar, sintaticamente, a formação de proposições jurídicas, na medida em que o termo condensa uma série de relações mais complexas.³

Nesse processo de simplificação, a atribuição de personalidade jurídica faz com que determinados agrupamentos e certas destinações patrimoniais passem a serem vistos como centros autônomos de relações jurídicas.

Segundo o princípio da autonomia patrimonial, o patrimônio da sociedade não pode ser confundido com o patrimônio dos sócios. Como decorrência dessa separação, observa-se também uma autonomia obrigacional e processual. Quando uma sociedade participa de uma determinada relação obrigacional, o faz em seu nome, de forma que as dívidas contraídas pela pessoa jurídica não podem, a princípio, serem cobradas dos sócios que a integram.

Mesmo não sendo, ao contrário do que acontece em outros países, uma decorrência inevitável da atribuição da personalidade, a responsabilidade limitada deve ser vista como a maior expressão do princípio da autonomia patrimonial, na medida em que, com a completa integralização do capital da sociedade, os credores não poderão, em regra, alcançar o patrimônio pessoal dos sócios. Essa mesma proteção se mostra presente inclusive quando a sociedade é constituída exclusivamente por sócios da mesma família.

³ O tema da função do termo pessoa jurídica foi desenvolvido em: NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Negri-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2017.

3- A DESCONSIDERAÇÃO NO BRASIL E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO

Em que consiste exatamente desconsiderar a personalidade jurídica? Tradicionalmente, observa-se o afastamento momentâneo da autonomia patrimonial da sociedade para imputar aos sócios uma responsabilidade que, a princípio, seria da própria pessoa jurídica. Com efeito, nessa situação constata-se a utilização da desconsideração para a determinação da responsabilidade, isto é, uma *Durcgriffshaftung*.⁴

O Novo Código de Processo Civil não apresenta propriamente novos pressupostos para a aplicação da técnica da desconsideração. Na verdade, volta-se para a pacificação de divergências anteriores que ainda suscitavam algumas dúvidas na utilização da *disregard*. Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade se apresentava como “um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade”.⁵

O modelo apresentado no artigo 134 deixa claro que o incidente da desconsideração será cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.⁶ No caso em que a desconsideração é requerida na própria inicial não haverá necessidade da instauração do incidente, situação em que já será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

⁴ Não se pode confundir essa técnica com a utilização do termo desconsideração para fins de imputação. Para evitar essa confusão, costuma-se separar a desconsideração para fins de imputação (atribuição), da desconsideração para fins de responsabilidade. RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 134.

⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 1.096.604/DF. Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 16/10/2012.

⁶ Brasil. Art. 134 do Código de Processo Civil. “O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

Em relação à defesa, o debate se concentrava na questão de se determinar se a invasão ao patrimônio dos sócios deveria ser precedida do contraditório. No novo incidente da desconsideração a polêmica sobre um contraditório diferido é afastada, haja vista que uma vez instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica deverão ser citados para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze dias). Ao mesmo tempo, a instauração do incidente suspenderá o processo para que se possa avaliar o preenchimento dos pressupostos legais específicos da desconsideração. Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, devendo-se recordar, neste ponto, que a desconsideração não promove a nulidade da personificação, tornando apenas ineficaz, em face da situação concreta de desvio ou abuso, a autonomia patrimonial.

Em relação aos efeitos, o incidente de desconsideração não faz, assim como o artigo 50 do Código Civil, qualquer distinção em relação aos sócios. Nesse aspecto é importante lembrar das lições de Fábio Konder Comparato na obra *O poder de controle na sociedade anônima*.⁷ Além da busca por pressupostos objetivos, como a confusão patrimonial, Comparato destacou que a desconsideração deveria ser utilizada em função do exercício do poder de controle societário, o qual passa a ser o elemento fundamental de toda a sua teoria. Na redação do artigo 50 do Código Civil, a desconsideração recai da mesma forma sobre todos os membros da sociedade, sem que se determine, em face do caso concreto, os sócios responsáveis, bem como os beneficiados pela utilização abusiva. A esse respeito, o projeto de lei 2.426/03, voltado para corrigir os problemas do artigo 50, estabelecia um modelo de ineficácia relativa, de forma que não seja mais possível a extensão da desconsideração aos sócios e administradores que não tenham praticado o ato abusivo.

Outra questão diz respeito à equiparação dos sócios aos administradores. Nos casos da utilização da desconsideração para a responsabilização dos administradores não sócios, constata-se, inclusive, a dissociação da técnica da sua própria essência. Se a desconsideração representa um instrumento destinado a afastar a autonomia patrimonial da sociedade, não há, em tese, sentido em utilizá-la para responsabilizar os administradores não sócios pelas dívidas da sociedade. De acordo com o artigo 50 do Código Civil, o juiz poderá estender os efeitos de determinada obrigação aos bens

⁷COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4ªed; Rio de Janeiro: Forense, 2005.

particulares dos administradores, que passam, assim, a receber idêntico tratamento àquele conferido aos sócios.⁸

A interpretação da técnica da desconsideração como principal instrumento para a atribuição de responsabilidade aos administradores deve ser vista com cuidado, uma vez que os pressupostos que acompanham o discurso da responsabilidade civil, como o dano, nexo de causalidade e culpa, são simplesmente descartados quando se trata da desconsideração.⁹ Isso não significa que os administradores não devam ser responsabilizados pelos seus atos em face dos danos provocados no exercício da sua função. O que se questiona é a utilização da desconsideração no lugar do sistema da responsabilidade civil dos administradores, como se a existência de uma aparente equivalência de resultados fosse capaz de apagar as substanciais diferenças presentes em cada técnica.¹⁰

Outra questão importante diz respeito à teoria menor da desconsideração. Segundo o parágrafo 1º do artigo 133 do Novo CPC, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. No artigo 28, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor, o legislador estabeleceu que a desconsideração também poderia ser utilizada quando a personalidade representasse "um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos do consumidor". Aqui se observa uma tentativa de, por meio da desconsideração, afastar por completo a eficácia da autonomia

⁸Brasil. Artigo 50 do Código Civil de 2002: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

⁹ Da mesma forma, como ressalta Alexandre do Couto e Silva ao comentar a *business judgment rule*, que protege os administradores no processo de decisão: "(...) a *business judgment rule* evita que os tribunais se envolvam em complicados processos de tomada de decisão – tarefa que eles não estão devidamente equipados para executá-la. Os administradores são, na maioria dos casos, mais qualificados para tomada de decisões que os juízes. SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 192.

¹⁰ A esse respeito, o projeto de lei 2.426/03, voltado para corrigir os problemas do artigo 50, estabelece um modelo de ineficácia relativa, de forma que não seja mais possível a extensão da desconsideração aos sócios e administradores que não tenham praticado o ato abusivo. Ao mesmo tempo, o projeto se preocupa em estabelecer um procedimento para que a desconsideração possa ser utilizada. Segundo a redação dos artigos 2º e 3º, a parte que se julgar prejudicada pela ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial deverá indicar, em requerimento específico, sem a necessidade de processo de conhecimento, quais os atos praticados e os administradores ou sócios que foram beneficiados. "Artigo 3º§1º: O Juiz, ao receber a petição, ou mesmo nos casos em que verificar, de ofício, a presença dos pressupostos que autorizem a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilização direta dos membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, mandará instaurar o incidente, em autos apartados, determinando o chamamento dos terceiros eventualmente atingidos em seus patrimônios pessoais para se defenderem no prazo de 05 dias, facultando-lhes a produção de provas. Em seguida, decidirá o incidente, e dessa decisão, de natureza interlocutória, caberá recurso ao tribunal competente." In: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/178011.pdf>. Acesso em 22/01/2014.

patrimonial nas relações de consumo, já que a simples insuficiência de bens da sociedade poderia ser interpretada como um obstáculo à tutela do consumidor.

Diante da redação do parágrafo 5º, Fábio Ulhoa Coelho¹¹ passou a sustentar que seria necessário separar a teoria maior da desconsideração, referente aos casos de abuso e desvio de função, da teoria menor, que, como na referida hipótese, permite a utilização da desconsideração independente da constatação de abuso ou fraude. Parece que a intenção do autor ao utilizar o termo teoria menor não foi, a princípio, criar uma nova teoria da desconsideração, mas, em essência, criticar a forma como a desconsideração vinha sendo utilizada até então, independentemente de qualquer pressuposto. Ainda que os tribunais tenham legitimado a teoria menor principalmente nas relações de consumo e no direito ambiental, é importante ressaltar que não se trata da regra geral da desconsideração, que continua ainda atrelada às hipóteses de abuso, confusão patrimonial e o desvio de função da pessoa jurídica. Consequentemente, a teoria menor não poderia ser utilizada, em tese, nas hipóteses envolvendo o planejamento sucessório com a constituição de sociedades voltadas, por exemplo, para a administração de imóveis.

Como já destacado, entendemos que a confusão patrimonial representa uma das principais situações que podem ensejar a desconsideração da personalidade nos casos envolvendo o planejamento sucessório com a utilização de sociedades personificadas. Com a integralização do capital social, é fundamental que os sócios possam demonstrar que o patrimônio da sociedade não se confunde com o patrimônio pessoal de cada sócio.

No lugar da fraude e do abuso, Comparato já havia afirmado que a desconsideração estaria associada ao desvio de função da pessoa jurídica. Seguindo essa interpretação funcional do instituto, o critério fundamental para se constatar o desvio, e consequentemente aplicar a desconsideração, seria a confusão de esferas jurídicas. Se a função geral da personificação era garantir a criação de um centro autônomo, haveria uma disfunção, segundo o raciocínio de Comparato, quando não se verificasse, na prática, a separação entre o patrimônio do sócio e o da sociedade.

Deve-se ressaltar que o planejamento sucessório não pode se concentrar apenas na constituição da pessoa jurídica. É importante também que ocorra um acompanhamento da sociedade até a sucessão, com a utilização de um modelo de

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

governança adequado e transparente que permita demonstrar efetivamente a separação de esferas jurídicas entre os sócios e a sociedade. Nesse sentido, mostra-se imprescindível a adoção, por exemplo, de uma contabilidade própria para todas as obrigações sociais e a observância de todas as regras aplicáveis ao modelo societário escolhido.

Da mesma forma, a comprovação do desvio de bens para a pessoa jurídica prejudicando fraudulentamente credores pode também frustrar qualquer tentativa de separação patrimonial. Essa é uma questão que, no Brasil, tem sido trabalhada principalmente com a desconsideração inversa.

4- PIANEJAMENTO SUCESSÓRIO E A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

A *disregard doctrine*, como já destacado, permite ao juiz, diante de uma situação concreta, suspender os efeitos que decorrem da atribuição de personalidade jurídica à sociedade. Inicialmente, a obrigação deveria ser imputada à sociedade, mas como a pessoa jurídica estaria sendo utilizada para ocultar uma conduta abusiva, os sócios são chamados para responder pessoalmente por aquela situação.

Haveria também a possibilidade de se recorrer à desconsideração com o intuito de que a sociedade responda por obrigações pessoais do próprio sócio. De fato, a princípio, o que se vê nessa situação é uma aplicação invertida da desconsideração, porquanto, nestes casos, não é o sócio que se responsabiliza pela sociedade, mas sim esta em nome daquele.

Em geral, a desconsideração inversa procura combater o desvio de bens. O devedor procurando resguardar o seu patrimônio do credor, transfere seus bens para a sociedade sobre a qual detém o total controle ou participa. Assim, o credor, no momento em que for exigir o adimplemento do referido crédito, não poderá acionar a pessoa jurídica, cujo patrimônio não se confunde com o de seus sócios.

A desconsideração inversa ou invertida não representa um instituto novo. Rolf Serick, responsável pela sistematização da teoria na década 50, já havia percebido que a

desconsideração era aplicada pelos tribunais também para coibir as transferências fraudulentas do patrimônio do devedor à pessoa jurídica.¹²

Sem utilizar o termo desconsideração inversa, Rolf Serick¹³ cita vários casos, nos quais se verificava a transferência fraudulenta de bens para a pessoa jurídica. No caso *Booth v. Brunce*, membros de uma *partnership*, que passava por graves problemas financeiros, fundaram uma sociedade para a qual transferiram todo o patrimônio da sociedade anterior. Na decisão do caso, o tribunal afastou a argumentação de que as sociedades eram distintas, considerando que a segunda sociedade era apenas uma continuação da primeira. Outro caso citado por Serick foi *First National Bank of Chicago v. Treben Co.*, julgado em 1898. Treben era um devedor insolvente, que criou uma sociedade conjuntamente com seus familiares, tendo lhe transferido todo o seu patrimônio mobiliário. Em razão daquela situação, seus credores procuraram executar a nova sociedade. O tribunal, consoante à decisão anterior, entendeu que a sociedade criada na verdade se confundia com o próprio sócio, propugnando, assim, pelo levantamento da personalidade jurídica.

Nos últimos anos, a desconsideração inversa tem sido invocada, principalmente, no direito de família. Entre as hipóteses assinaladas para aplicação da desconsideração no contexto familiar, destaca-se, a princípio, a utilização do instituto nos casos envolvendo alimentos. Na determinação dos rendimentos que servirão de base para obrigação alimentar, pode ocorrer de o alimentante tentar demonstrar uma capacidade econômica que não condiz com a sua verdadeira situação financeira. Para a prática dessa simulação, a pessoa jurídica pode ser utilizada para encobrir os seus verdadeiros rendimentos, quando, por exemplo, o cônjuge sócio transfere bens para a sociedade da qual faz parte, com a intenção de demonstrar uma falsa situação econômica.

Além dos alimentos, a desconsideração é vista como um importante instrumento para combater fraudes praticadas na meação de bens entre os cônjuges. Para fraudar a partilha, um dos cônjuges transfere parcela significativa do patrimônio

¹² Segundo o próprio Serick: “Es frecuente el caso de que un deudor trata de salvar sus bienes de la acción de los acreedores a base de fundar una sociedad a la que transmite todo su patrimonio o partes esenciales del mismo. Las concretas situaciones de hecho en que puede comprobarse que los acreedores sufren un perjuicio de tal clase son muy numerosas.” SERICK, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles- El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Realität juristischer Personen. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. p.109.

¹³ SERICK, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles- El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Realität juristischer Personen. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958. p.110.

comum do casal para a sociedade de que faz parte, prejudicando, assim, os direitos do outro cônjuge no que tange à divisão daqueles bens. A pessoa jurídica, em face do princípio da autonomia patrimonial, pode ser utilizada para a realização desse tipo de fraude.

No entanto, assim como acontece em outros ramos do direito, é importante perceber se, no caso concreto, a autonomia patrimonial representa um obstáculo à atribuição de responsabilidade aos sócios. Como já destacava Rolf Madaleno¹⁴, em uma decisão prolatada na 7ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, confirmada, posteriormente, pela 7ª Câmara Cível do TJRS, foi proposta na época ação de separação judicial litigiosa, na qual, o marido, procurou se afastar da sociedade de engenharia da qual era sócio com outros familiares.

Na referida sentença, o magistrado determinou que devessem constar do acervo partilhado as quotas da sociedade, as quais foram fraudulentamente doadas pelo cônjuge ao seu genitor, antes da separação.

É necessário destacar que a desconsideração não se mostrava adequada ao julgado supracitado. Ora, se as quotas em questão não foram transferidas para a sociedade, mas para um dos sócios, fica claro que o princípio da autonomia patrimonial não representava qualquer óbice para a anulação da referida transferência. Apesar de a desconsideração ter sido invocada no caso, manteve-se incólume a personalidade da sociedade, uma vez que a anulação apenas alcançou a transferência realizada entre o marido e o novo sócio.

O próprio Rolf Serick, quando analisa a utilização da desconsideração nos casos que envolvem o desvio de bens, já havia percebido que no direito dos países do sistema romano-germânico existiriam outros institutos que poderiam ser utilizados para coibir o desvio fraudulento de bens para a pessoa jurídica. Não obstante, mostra-se desinteressado em analisar mais detidamente essa questão, limitando-se apenas a destacar a opinião de Ballantine, segundo o qual a aplicação da desconsideração nestes termos somente tem provocado confusão.¹⁵

A presença constante da *disregard* no discurso jurídico não significa, contudo,

¹⁴ MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Ver também: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard.*(Tese). Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*.v. 2. 8ªed.São Paulo: Saraiva, 2005.

que os problemas relacionados à sua utilização tenham sido solucionados. Da confusão patrimonial¹⁶, passando pelo desvio fraudulento de bens, até chegar aos problemas que envolvem os grupos societários,¹⁷ constata-se a presença de diferentes casos, que apresentam como traço em comum apenas o fato de se relacionarem com uma sociedade personificada. Se, a princípio, a teoria de Serick conferia à desconsideração um caráter excepcional,¹⁸ atrelando-a aos caos de abuso, atualmente, o instituto pode ser invocado quando a pessoa jurídica representa simples obstáculo para a reparação dos danos causados ao consumidor.¹⁹ A ampliação dos pressupostos da desconsideração, apoiada em requisitos cada vez mais flexíveis, faz com que a *disregard* se apresente como uma verdadeira panaceia, como se a técnica fosse capaz de resolver qualquer problema causado por uma sociedade personificada.

O processo de hipertrofia da desconsideração se alimenta também da visão equivocada de que a técnica em questão representa um instituto descomplicado quando confrontado com os tradicionais remédios do direito privado, como a ação revocatória, declarações de nulidade, entre outros, os quais não apresentam a celeridade que é ínsita à técnica desconsiderante.²⁰ Em algumas situações, no afã de se buscar a “justiça do

¹⁶ Não há como negar a influência da visão objetiva de Fábio Konder Comparato na elaboração do artigo 50 do Código Civil, já que a referência ao desvio de função e a confusão patrimonial eram elementos fundamentais de sua teoria objetiva, que dispensa a análise da intenção dos sócios. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed; Rio de Janeiro:Forense, 2005. Deve-se notar que, em face da destinação patrimonial, a confusão patrimonial pode ocorrer no âmbito do mesmo sujeito. Nesse caso, não haveria qualquer sentido em utilizar a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a confusão de esferas jurídica alcança dois centros de interesses pertinentes ao mesmo sujeito. Podendo, nesse caso, falar de abuso da separação patrimonial sem desconsideração.

¹⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009. p.245.

¹⁸ A afirmação, em vários julgados, de que a desconsideração representaria uma medida excepcional revela a presença do pensamento de Serick, como se vê em recente decisão do STJ: “Convém assinalar, para logo, que a “Disregard” é medida de caráter excepcional(...) No caso ora em análise, é incontroverso que o capital social foi integralizado e que as atividades da sociedade foram encerradas, em função da morte do sócio-gerente, em 05 de agosto de 2000. Contudo, não houve a regular “baixa” do registro na junta comercial. Tal circunstância, porém, não implica, por si só, em fraude ou abuso de direito e, tampouco, desvio de finalidade ou confusão patrimonial que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.” Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 846331/RS- (2006/0096483-0) 23/03/2010. Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça de 06/04/2010.

¹⁹ Brasil. Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. /.../ §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

²⁰ Nesse sentido: “A concepção que vem sendo formulada a respeito da teoria da desconsideração da pessoa jurídica como meio processual expedito e descomplicado é fruto dos inúmeros equívocos e abusos praticados pelos juízes ao aplicarem-na aos casos concretos.” CEOLIN, Ana Carolina Santo. *Abuso na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 149.

caso concreto” pela rápida via da desconsideração, a técnica é invocada mesmo em situações nas quais não se verifica qualquer abuso ou desvio por parte dos sócios.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A combinação do planejamento sucessório com o societário representa uma tendência atualmente. A utilização de uma sociedade personificada associada a outros instrumentos como o usufruto de quotas e ações podem contribuir com a ampliação do espaço do livre desenvolvimento da personalidade dos membros da família e com a redução de vários conflitos que sempre acompanharam os herdeiros na sucessão. No entanto é preciso cuidado na escolha da instância societária. A opção pela sociedade personificada implica novos riscos e conflitos que nem sempre são devidamente mensurados por aqueles que escolhem essa via.

Se a unidade conceitual do termo pessoa jurídica permite um tratamento unitário de um complexo de situações jurídicas, os problemas que se relacionam com esse complexo não deveriam receber um tratamento unitário e generalizante? O equívoco nesse raciocínio está no fato de se pensar que a confusão patrimonial e o desvio fraudulento de bens e a má administração somente podem ser combatidos com uma técnica capaz de neutralizar os efeitos que resultam da atribuição da personalidade jurídica.

A desconsideração inversa é um exemplo de como a visão unitária da *disregard* pode ser utilizada para retratar técnicas que se mostram, no fundo, distintas. Nessa modalidade invertida, há uma neutralização dos efeitos que resultam da atribuição da personalidade jurídica, para permitir, principalmente, que os credores dos sócios possam cobrar os seus créditos perante a própria sociedade. Em sua versão original, retratada pelo próprio Serick, essa modalidade invertida era utilizada para combater o desvio fraudulento de bens para a pessoa jurídica.

O novo CPC não foi capaz de reduzir a insegurança que ainda acompanha a técnica da desconsideração. A ampliação dos pressupostos da desconsideração não pode ser vista como um processo de evolução natural da técnica. Se, no Brasil, constata-se

essa tendência de hipertrofia, em outros países, como na Alemanha e na Itália, verifica-se exatamente o contrário: a tentativa de se restringir a utilização da técnica da desconsideração. Não há planejamento sem a possibilidade de se antever minimamente os riscos presentes em cada instrumento disponibilizado pelo ordenamento. Atualmente, a insegurança que acompanha a desconsideração da personalidade jurídica representa um risco, nem sempre valorado, na escolha pelo caminho da sociedade personificada. Ainda que exista uma insegurança com a desconsideração, a confusão patrimonial e o desvio fraudulento de bens representam ainda as principais hipóteses que ensejam a utilização da técnica em questão.

6- REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard*. (Tese). Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

ASCARELLI, Tullio. *Personalità Giuridica e problemi delle società. - Problemi Giuridici*. Tomo I. Milão: Giuffrè, 1959;

CEOLIN, Ana Carolina Santo. *Abuso na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COURIR, Edoardo. *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*. Milão: GIUFFRÈ, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4ªed; Rio de Janeiro: Forense, 2005

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

MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens – Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar*. São Paulo: Altas, 2018.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Negri-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2017.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979;

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. (*Disregard doctrine*). *Revistas dos Tribunais*. V. 410. São Paulo, 1969, p. 12-24, dez;

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles- El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Realität juristischer Personen. Trad. José Puig Brutau. Barcelona:Ediciones Ariel, 1958.

TEIXEIRA, Daniela Chaves. *Planejamento Sucessório – Pressupostos e Limites*. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004;