

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 881/2019 (LIBERDADE ECONÔMICA). VISÃO CRÍTICA ¹

Flávio Tartuce²

Como destacado por mim em outros textos de breve análise publicados neste mesmo canal, no último dia 30 de abril de 2019, foi assinada pelo Presidente da República a Medida Provisória n. 881, conhecida como "MP da Liberdade Econômica". Entre outras modificações, alterou-se o art. 50 do Código Civil, que trata da desconsideração da personalidade jurídica, sendo objetivo deste artigo fazer uma abordagem mais aprofundada dos impactos das modificações para a subsunção da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito de Família e das Sucessões. Apesar de ser contestável o caráter de urgência da MP, em especial no que diz respeito às modificações que fez no Código Civil, muito distantes do que consta do art. 62 da Constituição Federal, farei um estudo objetivo dos conteúdos das inovações, sem debater essa suposta inconstitucionalidade na origem.

Na linha da doutrina e da jurisprudência majoritárias, existem duas teorias a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Pela *teoria maior*, adotada pelo citado comando da codificação material, a incidência do instituto exige dois requisitos, quais sejam o abuso da personalidade jurídica e o prejuízo ao credor que pretende a quebra da autonomia da pessoa jurídica frente aos seus membros. Por seu turno, segundo a *teoria menor*, retirada do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, a desconsideração da personalidade jurídica exige apenas o prejuízo ao credor, estando facilitada no campo prático em favor dos consumidores, tidos como vulneráveis nas relações contratuais.

¹ Coluna do Migalhas do mês de maio de 2019.

² Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD. Professor do G7 Jurídico. Autor da coleção de Direito Civil, em seis volumes, pela Editora GEN/Forense. Autor do Manual de Direito Civil – Volume Único. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

Por óbvio que a desconsideração aplicada ao Direito de Família e das Sucessões atrai a primeira das teorias, que incide para as relações civis e empresariais: "O art. 50 do Código Civil, aplicável às relações civis-empresariais, adota a Teoria Maior da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, só podendo ser aplicado quando comprovado especificamente desvio de finalidade ou confusão patrimonial" (STJ, Ag. Int. no REsp 1.585.391/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/11/2017, *DJe* 14/11/2017).

Cite-se, como primeiro exemplo a respeito do Direito de Família, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em demanda de divórcio em que os cônjuges disputam bens, que foram transferidos a uma empresa da qual o marido é sócio, o que atrai a incidência da *desconsideração inversa*, para que os bens da pessoa jurídica respondam por dívidas de um de seus sócios. Como se retira de outro recente acórdão superior, "a jurisprudência desta Corte admite a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica toda vez que um dos cônjuges ou companheiros utilizar-se da sociedade empresária que detém controle, ou de interposta pessoa física, com a intenção de retirar do outro consorte ou companheiro direitos provenientes da relação conjugal" (STJ, REsp. 1.522.142/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, *DJe* 22/06/2017).

Ilustrando situação no campo sucessório, imagine-se uma disputa entre herdeiros em que se pretende atingir do mesmo modo bens que foram sonogados por um deles e que foram transferidos a uma empresa por um dos filhos do falecido, que já detinha a sua posse anteriormente. Como outro exemplo concreto, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, que aplicou a *desconsideração inversa* diante da transferência fraudulenta de bens do falecido a um dos seus filhos, por intermédio de uma pessoa jurídica: "Com o falecimento do genitor, momento em que é aberta a sucessão, os filhos que receberam em vida, por ato de liberalidade, bem ou valor que integrava o patrimônio do ascendente comum, devem trazê-lo à colação no processo de inventário, por força do art. 2.002 do Código Civil. A doação de ascendente para descendente cujo termo não dispensa expressamente a colação importa em adiantamento do que lhe cabe por herança, consoante a dicção do art. 544 do Código Civil, e, por isso, deve ser submetida à conferência de valores, a fim de igualar as legítimas de todos os herdeiros. Caracterizada a transferência fraudulenta de bens do autor da herança a alguns de seus filhos, por intermédio de pessoa jurídica, sob o mote da simulação

relativa, em notório prejuízo a terceiro, resta autorizada a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na via inversa" (TJGO, Apelação cível n. 0251017-79.2010.8.09.0175, Goiânia, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Marcus da Costa Ferreira, *DJGO* 25/08/2014, pág. 282)

Na prática, não se pode negar que a *desconsideração inversa* tem mais aplicação no âmbito familiar e sucessório do que a própria desconsideração regular ou direta. Dito de outra forma, são mais comuns os pedidos de responsabilização da pessoa jurídica por dívidas dos sócios e administradores do que o contrário. Por isso, louva-se a inclusão de um § 3º no art. 50 do Código Civil pela MP n. 881, estabelecendo que o "disposto no *caput* e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica".

Somente reitero a minha sugestão de modificação no texto no sentido de que o comando seja claro quanto à categoria da *desconsideração inversa*, como consta do art. 133, § 2º do Código de Processo Civil de 2015, para que não paire qualquer dúvida sobre qual instituto está ali previsto. Assim, melhor ficaria o dispositivo legal com o seguinte teor: "§ 3º O disposto neste artigo também se aplica à desconsideração inversa da personalidade jurídica". Acatando sugestão por mim formulada, o Senador Rodrigo Pacheco, de Minas Gerais, propôs emenda nesse sentido à Medida Provisória n. 881, sem prejuízo de outras sugestões na mesma linha (proposta de emenda n. 173, entre as mais de 300 apresentadas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947790&disposition=inline>. Acesso em: 22 maio 2019).

Apesar dessa elogiável alteração, não vejo com bons olhos a inclusão do dolo como requisito para a configuração do desvio de finalidade na desconsideração da personalidade jurídica, como consta do § 1º do art. 50 do Código Civil, no texto inserido pela MP n. 881: "para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza".

Constata-se que a norma passou a estabelecer como requisito para um dos elementos da teoria maior da desconsideração a intenção do sócio ou administrador em utilizar a pessoa jurídica para o desvio de seus fins, almejando a lesão aos direitos de outrem ou a prática de ilícitos sob o seu *manto*. Reitero que há um claro retrocesso nessa inclusão, que traz grandes entraves para a incidência da categoria, agravados para

os casos envolvendo o Direito de Família, em que há certo distanciamento, abrandamento ou até eliminação de elementos subjetivos, caso da culpa. A *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010) consolidou essa tendência de declinação dos fatores intencionais e volitivos nas demandas de família, e a Medida Provisória n. 881 acaba por resgatá-los.

Ademais, repito neste texto que a exigência do dolo distancia-se da teoria objetiva do abuso de direito, retirada do art. 187 do Código Civil, segundo o qual também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social e econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O último comando exige apenas o exercício irregular ou imoderado de um direito para que a ilicitude esteja configurada, sem qualquer menção ao elemento subjetivo da intenção - dolo -, ou da falta de cuidado na violação de um dever preexistente - culpa em sentido estrito. A MP, seguindo outra linha que muito dificulta a desconsideração, concretiza um modelo *subjetivo e agravado*, uma vez que só o dolo, e não a simples culpa, gera a configuração desse primeiro elemento da *disregard*.

Cabe ainda lembrar que o elemento doloso para a aplicação da desconsideração é exigido pela jurisprudência superior apenas para os casos de encerramento irregular das atividades, quando a pessoa jurídica não mais desenvolve as suas atividades no local indicado nos documentos formais, não paga seus credores e não informa qualquer alteração fática (STJ, EREsp. 1.306.553/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, *DJe* 12/12/2014). Entendo que o dolo, no máximo, deve ficar restrito a tais hipóteses fáticas. Por isso, a minha sugestão para o novo texto é que se retire a expressão "dolosa", passando o § 1º do art. 50 do CC/2002 a prever que "para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza".

No tocante às demandas que dizem respeito ao Direito de Família e das Sucessões, penso haver uma dificuldade maior em se construir a prova a respeito do elemento doloso, notadamente por parte de cônjuges, companheiros ou herdeiros que não conhecem a *engrenagem empresarial* da pessoa jurídica que pretende desconsiderar, pois nunca a administraram. Em muitas situações de dificuldade probatória, é possível até a aplicação da *carga dinâmica da prova* em seu favor, conforme preceitua o art. 373, § 1º do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Nos casos

previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".

O mesmo se diga quanto à inserção do § 5º no art. 50 pela MP em estudo, segundo o qual "não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica". Há, mais uma vez, uma valorização excessiva e dificultosa do elemento subjetivo para a desconsideração, pois não se admite o desvio de finalidade por meras condutas objetivas descritas no comando. A exemplo do que ocorre com a menção anterior ao dolo, entendo que a última previsão também deve receber a especial atenção do Congresso Nacional, pois cônjuges, companheiros e herdeiros terão novamente grande dificuldade em comprovar o desvio de finalidade. Nesse contexto, fiz sugestão ao Senador Rodrigo Pacheco para a retirada da menção à alteração da finalidade original da atividade, pois a fraude perpetrada por sócios e administradores pode, sim, decorrer dessa modificação (proposta de emenda n. 173, disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947790&disposition=inline>. Acesso em: 22 maio 2019). Assim, o preceito passaria a dispor que "Não constitui desvio de finalidade a mera expansão da pessoa jurídica".

Imagine-se, a título de exemplo, o caso de um herdeiro que desvia os *fins nobres* de uma fundação da qual é administrador e que leva o nome do *de cuius*, seu pai já falecido, com o objetivo de prejudicar seus irmãos, também herdeiros, e amealhar a maior parte do patrimônio do falecido, em *negócio indireto ilícito*. Esse desvio de finalidade, por si só, não ensejaria a incidência da desconsideração pelo novo texto legal, pois não se explicita qual a alteração de finalidade original que nele está tratada.

Espera-se, portanto, e como palavras finais para mais este artigo sobre o tema, que essas questões sejam consideradas nos debates para conversão da Medida Provisória n. 881 em lei, em trâmite no Congresso Nacional. Não se pode negar que a norma tem os seus méritos, mas também apresenta problemas que precisam ser sanados no âmbito do Poder Legislativo Brasileiro, especialmente para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica para o Direito de Família e das Sucessões.