UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR

VINÍCIUS MENDES E SILVA

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA DAS SOCIEDADES PATRIMONIAIS**

MARÍLIA-SP
2019

VINÍCIUS MENDES E SILVA

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA DA SOCIEDADE PATRIMONIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Rogério Mollica.

MARÍLIA-SP
2019

Silva, Vinícius Mendes e

Da (im)possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades patrimoniais / Vinícius Mendes e Silva. - Marília: UNIMAR, 2019.

136f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Rogério Mollica

1. Desconsideração da Personalidade Jurídica 2. Função Social e Econômica da Empresa 3. Sociedade Patrimonial I. Silva, Vinícius Mendes e

CDD – 342.233

VINÍCIUS MENDES E SILVA

DA (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA DA SOCIEDADE PATRIMONIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília,
área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social,
sob a orientação do Professor Dr. Rogério Mollica.

Aprovada pela Banca Examinadora em/...../.....

Professora Dr. Rogério Mollica
Orientador-Presidente

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Prof. Dr.

Dedico este trabalho a Deus que sempre me acompanha e me guarda e, também, à minha família por todo o apoio e compreensão.

Agradeço a Deus por me permitir alcançar mais um objetivo na vida.

Agradeço também a minha esposa e filhos pela compreensão e total apoio durante o período de ausência por conta dos estudos e aos meus pais por acreditarem em meu esforço acadêmico.

Faço um especial agradecimento ao meu orientador Dr. Rogério Mollica, por assumir a orientação e ao Dr. Paulo, que tornou-se coorientador, vossos ensinamentos são reflexo deste trabalho.

Agradeço ainda a UNIMAR e todo seu corpo docente pelos relevantes ensinamentos e ao Augusto que sempre esteve ao amparo dos alunos.

Agradeço por fim os novos amigos conquistados nessa turma 2017.1 do Mestrado.

DA (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE PATRIMONIAL

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo analisar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades patrimoniais. Partindo do estudo das pessoas jurídicas, especialmente das sociedades, com foco na questão da personalidade jurídica e da sua autonomia em relação aos sócios, inclusive autonomia patrimonial, buscou-se aprofundar as consequências da escolha do tipo de societário, em vista da existência da sociedade patrimonial, cuja finalidade é reunir o patrimônio imóvel dos sócios, administrando-o em obediência a um planejamento tributário, sucessório e de contingenciamento patrimonial. Assim, com referência na função econômica, social e solidária da empresa, analisou-se a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no que tange às sociedades patrimoniais, levando-se em conta seus requisitos materiais e aspectos procedimentais, em consonância com os ditames da ordem econômica constitucional. Por meio do método dedutivo-comparativo, esteando-se nas funções da empresa, visou-se diferenciar os casos de aplicação e de não aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades patrimoniais, em razão da excepcionalidade da medida, tal qual prevê a lei.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Função Social e Econômica da Empresa. Sociedade Patrimonial.

THE (IM)POSSIBILITY OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY IN THE PATRIMONIAL COMPANY

ABSTRACT: The present study aimed to analyze the application of the disregard of legal entity in the patrimonial companies. Based on the study of legal entities, especially corporations, with a focus on the question of legal personality and its autonomy in relation to shareholders, including autonomy in equity, we sought to deepen the consequences of choosing the type of company in view of the existence of society the purpose of which is to bring together the shareholders' equity of the shareholders, administering it in compliance with a tax planning, inheritance and contingency planning. Thus, with reference to the economic, social and solidary function of the company, the application of the disregard of the legal entity with respect to the patrimonial companies was analyzed, taking into account their material requirements and procedural aspects, in accordance with the dictates of the constitutional economy order. By means of the deductive-comparative method, being used in the functions of the company, it was aimed to differentiate the cases of application and non-application of the disregard of the legal entity in the patrimonial companies, due to the exceptionality of the measure, as provided by law.

Keywords: Disregard of legal entity. Social and Economic Function of the Company. Patrimonial Company

LISTA DE ABREVIATURAS

CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas

COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

ITBI - Imposto de Transmissão de Bens Imóveis

ITCMD - Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação

PIS - Programa de Integração Social

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA PESSOA JURÍDICA	13
1.1 ORIGEM E HISTÓRIA DA PESSOA JURÍDICA.....	14
1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	16
1.3 INÍCIO DA EXISTÊNCIA E REQUISITOS.....	20
1.4 CLASSIFICAÇÃO.....	23
1.4.1 Fundações.....	24
1.4.2 Corporações.....	26
1.5 CAPACIDADE E PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA.....	27
1.6 FIM DA EXISTÊNCIA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA.....	30
2 DA SOCIEDADE	32
2.1 SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA.....	32
2.2 ÓRGÃO COMPETENTE PARA O REGISTRO.....	35
2.3 REQUISITOS PARA SER EMPRESÁRIO.....	38
2.4 SOCIEDADE DE PESSOAS E SOCIEDADE DE CAPITAL.....	41
2.5 FUNÇÃO DA EMPRESA.....	43
2.5.1 Função econômica.....	43
2.5.2 Função social e solidária.....	44
3 SOCIEDADE PATRIMONIAL	49
3.1 CONCEITO.....	50
3.2 CONSTITUIÇÃO E VANTAGENS.....	54
3.3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO.....	61
3.4 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO.....	65
3.5 PROTEÇÃO PATRIMONIAL.....	69
3.5.1 Fraude conta credores e à execução.....	70
3.5.2 Planejamento contingencial preventivo.....	75
3.6 OFFSHORE.....	79
4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	84

4.1 HISTÓRICO E CONCEITO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	84
4.2 A TEORIA NO DIREITO COMPARADO.....	88
4.2.1 Estados Unidos.....	88
4.2.2 Inglaterra.....	89
4.2.3 Alemanha.....	89
4.2.4 França.....	90
4.2.5 Itália.....	91
4.2.6 Espanha.....	92
4.2.7 Portugal.....	92
4.2.8 Argentina.....	93
4.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E PREVISÃO LEGAL.....	93
4.4 REQUISITOS MATERIAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO.....	96
4.4.1 Abuso da personalidade jurídica.....	98
4.4.2 Desvio de finalidade.....	99
4.4.3 Confusão patrimonial.....	101
4.5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	102
4.6 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA.....	111
4.7 APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SOCIEDADE PATRIMONIAL.....	114
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS.....	128

INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica sempre teve um papel importante na sociedade, pois através dela, as operações comerciais tiveram um incremento, permitindo melhores condições negociais, com oferta e demanda, aumento nos lucros, bem como uma maior segurança às pessoas envolvidas.

O seu uso foi difundido no mundo todo, reclamando uma maior atenção do ordenamento jurídico, que deve prever os requisitos mínimos necessários à sua criação, direitos, deveres, responsabilidade dos sócios, etc.

Com isso, surgiram várias teorias que tentaram explicar a existência da pessoa jurídica, bem como a questão da autonomia existente entre ela e a pessoa dos sócios. No Brasil não foi diferente, desde o Código Civil de 1916, até o atual.

A questão da personalidade jurídica, cuja existência distinta da pessoa dos sócios, em razão da autonomia patrimonial, conferiu uma grande segurança jurídica aos agentes econômicos, fazendo com que estes pudessem investir de forma mais contundente, beneficiando, assim, seus próprios interesses, bem como o da sociedade em geral, que passou a ter acesso a um número maior de produtos e serviços.

Com o avanço dos estudos sobre a personalidade jurídica e, também, sobre as sociedades, empresárias ou não, surgem as chamadas sociedades patrimoniais, cujo objetivo é administrar os bens imóveis, antes pertencentes aos sócios, transferidos para a pessoa jurídica, em razão de um planejamento tributário, sucessório, além de garantir proteção contra a penetração de terceiros.

Este tipo de sociedade, mais conhecida por *holding*, tem, atualmente, sido utilizada de forma ampla, sem a menor reflexão sobre suas funções, objeto, causa e consequências. Por esta razão, abusos no uso da personalidade jurídica estão acontecendo cotidianamente.

Assim, e para não deixar aqueles prejudicados desamparados, o ordenamento jurídico brasileiro integrou em suas leis, a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica, alcançando o patrimônio dos sócios, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, bem como, em algumas hipóteses, pelo mero inadimplemento.

Além disso e, para regulamentar a questão da desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil passou a prever o procedimento para a desconsideração, inclusive reconhecendo a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Todavia, por se tratar de uma medida excepcional, alguns cuidados devem ser tomados e, no que tange à sociedade patrimonial, é imprescindível distinguir se trata-se de uma pessoa jurídica empresária ou sociedade simples, uma vez que esta não é agente de desenvolvimento econômico e, portanto não submete-se aos ditames constitucionais da ordem econômica, enquanto aquela, como sociedade empresária deve observar a sua função econômica, atuando com finalidade lucrativa, além de atuar em conformidade com a função social e solidária da empresa.

Dessa forma, em razão do uso indiscriminado das sociedades patrimoniais, bem como pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo Poder Judiciário, faz-se necessário distinguir quanto a este tipo de sociedade, quando é possível e quando não é, a desconsideração.

Assim, para melhor análise do tema proposto, este trabalho foi dividido em quatro capítulos.

No capítulo inaugural, o estudo volta-se à pessoa jurídica, analisando-se sua origem e história. Além disso, tratou-se do conceito e da sua natureza jurídica, do início de sua existência e as classificações aplicáveis. Outro tema, este talvez o mais relevante no capítulo, é o da capacidade e personalidade da pessoa jurídica e, por fim, abordou-se a questão do fim de sua existência legal.

O segundo capítulo tem enfoque específico nas sociedades, um dos tipos de pessoa jurídica, diferenciando-se as sociedades simples das empresárias, órgãos competentes para o registro e a diferença entre sociedade de pessoas e de capital. Finalizando o capítulo, abre-se a discussão sobre a função econômica da empresa, bem como sua função social e solidária.

No terceiro capítulo, trata-se especificamente das sociedades patrimoniais, demonstrando o seu conceito, a adoção pelo *nomem iuris*, forma de constituição e vantagens de se adotá-la. Ainda a questão do planejamento tributário, sucessório e maneiras de se proteger o patrimônio envolvido. Trata-se, também da questão da fraude contra credores e fraude à execução. Por fim, há o estudo sobre *offshore*.

O capítulo quarto reserva-se para a análise da desconsideração da personalidade jurídica, avaliando a sua origem histórica, enquanto teoria. Há, também uma abordagem de sua aplicabilidade no direito comparado, além da evolução do instituto no direito brasileiro. Após, trata-se de seus requisitos materiais e procedimentais, para enfim discorrer sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Ao final do quarto capítulo, faz-se uma distinção entre os conceitos econômicos de lucro e renda, para então, considerando todos os elementos tratados nos capítulos anteriores, demonstrar a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente na forma inversa, às sociedades patrimoniais, diferenciando os casos de incidência ou não, quando esta for constituída de forma empresarial ou na forma de sociedade simples. Há, para tanto, a exposição de julgados corroborando o estudo.

o objetivo deste trabalho é demonstrar que, diante da excepcionalidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, bem como pelos objetivos sociais da sociedade patrimonial, há casos em que a sociedade, se empresária, estará sempre em desvio de finalidade, enquanto que, se simples, a desconsideração não se aplica.

Justifica-se o estudo pela necessidade de se reafirmar a excepcionalidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como pela possível banalização da constituição de sociedades patrimoniais, demonstrando-se qual a melhor forma de constituí-la, em conformidade com os ditames legais.

Ressalta-se que este trabalho tem abordagem teórica, através de pesquisa qualitativa e descritiva, com método dedutivo-comparativo, na medida em que houve uma análise das diferenças entre sociedade simples e empresária, dos requisitos materiais para a desconsideração da personalidade jurídica, comparando-os quando atinentes à sociedade patrimonial, tudo com referência na função econômica, social e solidária da empresa, bem como no artigo 50 do Código Civil, para, após, indicar a melhor forma societária para as sociedades patrimoniais.

1 DA PESSOA JURÍDICA

Inicialmente, apenas para demonstrar a diferença, é imperioso esclarecer que o Direito brasileiro reconhece a existência distinta da pessoa natural e da pessoa jurídica, conforme previsto no Código Civil, Títulos I e II, do Livro I, bem como a própria Constituição Federal.

A palavra pessoa tem, ao menos, três diferentes acepções: vulgar, filosófica e jurídica. Em sentido vulgar, pessoa é sinônimo de ente humano. Filosoficamente, pode-se dizer que pessoa é o ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações (MONTEIRO, 2012, p. 72).

Pessoa natural, cujo regramento encontra-se nos artigos 1º e seguintes do Código Civil, tem um conceito por exclusão, como bem define Tartuce (2014, p. 111): "Observe-se que o conceito de pessoa natural exclui os animais, os seres inanimados e as entidades místicas e metafísicas, todos tidos, eventualmente, como objetos do direito."

A pessoa natural adquire sua personalidade desde o nascimento com vida, nos termos do artigo 2º do Código Civil e, conforme o artigo 1º do mesmo código, toda pessoa é dotada de capacidade, que implica na maior ou menor extensão de seus direitos e deveres (DINIZ, 2014, p. 168).

Apesar da importância do estudo da pessoa natural, sua capacidade e personalidade jurídica, é fato que este trabalho é voltado ao conhecimento da pessoa jurídica, razão pela qual, as informações acima servem apenas para distinguir ambas, bem como para reforçar a relevância desta.

Sabe-se, historicamente, que o homem é um ser gregário, posto que sempre viveu em grupos, inclusive sendo esta uma das formas de se explicar a formação da sociedade, conforme leciona Dalari (2011, p. 22):

O antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C, com a conclusão de ARISTÓTELES de que "o homem é naturalmente um animal político". Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constringido. Quanto aos irracionais, que também vivem em permanente associação, diz ARISTÓTELES que eles constituem meros agrupamentos formados pelo instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui a razão, o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto.

Como visto, o homem necessita de agrupar-se e isto também ocorre no que tange aos negócios e atividades impostas pela vida cotidiana. Assim, sendo imprescindível o agrupamento de indivíduos para a realização de determinadas finalidades, que diante das forças e limites de um único ser não seriam alcançadas, a pessoa natural precisa unir-se à outras, formando-se assim grupos, com objetivos comuns, fazendo nascer uma nova entidade/pessoa.

A este novo ser, o ordenamento jurídico atribui personalidade jurídica própria e distinta das pessoas que o integram, dotando-o de capacidade, autonomia e independência, surgindo, portanto, uma pessoa jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 331).

1.1 ORIGEM E HISTÓRIA DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica não encontra antecedentes na Antiga Roma ou sequer no Direito germânico, em razão de sua abstração e sua evolução na história é lenta, vindo a ser relatada apenas no Império Romano, mas como *universitates* ou *collegias*.

Neste sentido são as lições de Monteiro (2012, p. 140):

Na primeira fase do Império Romano, conheciam-se, entretanto, certas associações de interesse público, como *universitates*, *sodalitates*, *corpora* e *collegia*. No direito de JUSTINIANO, enriqueceu-se a pessoa jurídica com o acréscimo das fundações. Mas os romanos sempre se mostraram muito sóbrios, muito parcimoniosos nesse tema, e jamais tiveram a menor ideia a respeito das vastas abstrações metafísicas que os escritores alemães iriam formular séculos mais tarde.

Ainda sobre o tema:

o conceito de pessoa jurídica não se firmou definitivamente no direito romano, reconhecendo-se, todavia, personalidade ou capacidade jurídica ao Estado, aos Municípios, ao Fisco e, no campo do direito privado, a certas sociedades e fundações [...] encontram-se no *Digesto* os princípios básicos que ainda hoje regem as pessoas jurídicas, distinguindo-se, já naquela época, o patrimônio social do patrimônio individual dos membros da sociedade. Devemos salientar, todavia, que, para o direito romano, a personalidade jurídica dependia de reconhecimento pelo Estado, que assim podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades e a grupos sociais. [...] No Direito Medieval coube aos canonistas desenvolver e hipertrofiar o conceito de pessoa jurídica, a fim de atender à necessidade de organização interna da igreja. A pessoa jurídica é, então, definida como *persona ficta* ou *corpus mysticum*, pelos canonistas, que nela

percebem uma realidade distinta e superior à soma dos seus membros, enquanto, para os glosadores, que anotavam os textos romanos, as corporações são apenas o conjunto de seus associados, sem terem qualquer unidade própria. (WALD, 2003, p. 147)

Foi no direito canônico, durante a Idade Média, que se reconheceu, ainda que de forma primitiva, a existência das pessoas jurídicas, com o desenvolvimento das fundações, na medida em que, partindo das exegeses à margem de textos romanos do período pós-clássico, do direito germânico e do canônico (AMARAL NETO, 1991, p. 278).

As fundações, denominadas de *corpus mysticium*, com seu incremento, providas de patrimônio próprio, passaram a ser consideradas como entes autônomos, apesar de a princípio estarem ligadas à Igreja e, só posteriormente tornaram-se independentes (MONTEIRO, 2012, p. 140).

De acordo com as lições de Francisco Amaral (2003, p. 279), o início da teoria da pessoa jurídica tem sua origem no período do Papa Inocêncio IV, quando realçada a separação entre as pessoas naturais e o ente fictício.

Em conformidade com a época, Fabio Ulhoa Coelho também ressalta que a teoria da pessoa jurídica ganhou força com o direito canônico, veja:

Os alicerces da teoria da pessoa jurídica encontram-se na Idade Média, em noções destinadas a atender às necessidades de organização da Igreja Católica e preservação do seu patrimônio. Naquele tempo, o direito canônico separava a Igreja, como corporação, de seus membros (os clérigos), afirmando que aquela tem existência permanente, que transcende a vida transitória dos padres e bispos. Também por ser a Igreja uma corporação independente dos seus integrantes, nem todos podem falar legitimamente por ela, mas, dependendo do assunto, apenas os membros de determinada hierarquia, consultando previamente, por vezes, alguns dos seus pares. Outra importante implicação do reconhecimento da Igreja como uma corporação inconfundível com os seus integrantes era pertinente aos bens. A afirmação da vida da Igreja em separado leva à distinção entre o patrimônio dela e o de cada membro do clero. Falecendo um padre ou um bispo, os bens em sua posse não podiam ser transmitidos a sucessores por pertencerem à corporação. (1989, p. 230)

Posteriormente, já no século XVIII, com a doutrina alemã, surge a teorização da pessoa jurídica, da forma como conhecemos atualmente, uma vez que a matéria foi estruturada e regularizada, criando-se uma teoria aplicável ao direito como um todo:

Coube à doutrina alemã, nas obras de juristas como Otto von Gierke, Rudolf von Ihering, Kohler, Oertmann, Zitelmann, formular a moderna concepção da pessoa jurídica. Ao sistematizarem a matéria civil, preocuparam-se em elaborar uma teoria que pudesse ser aplicada em qualquer ramo do direito, considerando a existência de sujeitos de direitos distintos da pessoa natural e lhes atribuindo a titularidade de direitos subjetivos. Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico não pode negar a presença concreta de grupos humanos e de bens destinados à satisfação de interesses e necessidades coletivas, dotados de individualidade própria e autônoma diante de seus componentes, impõe-se o reconhecimento pelo direito destes entes, outorgando-lhes atributo que até então só era conferido ao homem, possibilitando o exercício em nome próprio de direitos subjetivos e de deveres. (ALVES, 1989, p. 29)

A origem e evolução histórica da teorização da pessoa jurídica tem sua relevância, posto que através dela é possível explicar-se as diferentes teorias sobre a sua natureza jurídica, vista a seguir.

1.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Inicialmente cumpre esclarecer que a termo pessoa jurídica não é unânime na doutrina, apesar de ser este o nome utilizado pelo legislador, o que ratifica o aspecto jurídico do instituto, que o ordenamento brasileiro deseja. Em Portugal, por exemplo, utiliza-se o nome de pessoa coletiva. Outras denominações são apontadas, tais como pessoas místicas, fictícias, abstratas, intelectuais, etc. (VENOSA, 2013, p. 239).

Definindo pessoa jurídica, Maria Helena Diniz (2014, p. 270) leciona que: "Assim, a *pessoa jurídica* é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações".

Encontra-se na doutrina outras definições, mas todas com praticamente o mesmo sentido, conforme se vê em Silvio Rodrigues (2007, p. 86):

Pessoas jurídicas, portanto, são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

Ainda sobre o conceito da pessoa jurídica, Orlando Gomes (1999, p. 185) pontua que:

A personalização desses grupos é construção técnica destinada a possibilitar e favorecer-lhes a atividade. O Direito toma-os da sociedade, onde se formam, e os disciplina à imagem e semelhança das pessoas naturais, reconhecendo-os como pessoas, cuja existência autônoma submete a requisitos necessários a que possam exercer direitos, dando-lhes regime compatível com a sua natureza.

Pelos conceitos apresentados é possível identificar a importância da pessoa jurídica para o ordenamento jurídico, especialmente no que concerne às relações negociais e patrimoniais, razão pela qual o Estado entendeu por bem conferir a ela uma estrutura jurídica própria, apta à acompanhar o desenvolvimento socioeconômico (GONÇALVES, 2004, p. 38).

Como visto, a pessoa jurídica tem existência distinta das pessoas que a integram, com autonomia e personalidade próprias e, por esta razão existem algumas teorias que explicam a sua natureza jurídica.

Entre os doutrinadores não existe um consenso entre as diversas teorias que tratam da natureza jurídica, todavia, seguindo os ensinamentos de Maria Helena Diniz e os que a acompanham, serão abordadas quatro teorias que melhor explicam o tema.

A primeira teoria, chamada de teoria da ficção, tem como grande defensor Savigny. Por ela, entende-se que a pessoa jurídica:

Dizem os adeptos dessa teoria que os direitos são prerrogativas concedidas apenas ao homem nas relações com seus semelhantes. Tais prerrogativas humanas pressupõem vontade capaz de deliberar, assim como poder de ação. Por isso, só o homem pode ser titular de direitos, porque só ele tem existência real e psíquica. Quando se atribuem direitos a pessoas de outra natureza, isso se trata de simples criação da mente humana, construindo-se uma ficção jurídica. Desse raciocínio infere-se que o legislador pode livremente conceder, negar ou limitar a capacidade desses entes ficticiamente criados. A capacidade das pessoas jurídicas, sendo criação ficta do legislador, é limitada na medida de seus interesses. (VENOSA, 2013, p. 242)

Esta teoria não é a melhor proposta, na medida em que ela nega a existência do próprio Estado, que também é pessoa jurídica, como será visto em momento oportuno. Além disso, esta teoria limita o ente coletivo apenas aos direitos patrimoniais.

Para os adeptos desta teoria, a pessoa jurídica não existe, ela não passa de mera criação artificial, cuja existência explica-se como ficção trazida pela lei,

justificando sua existência apenas como artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum. Veja:

O fato social sobre que se erige essa construção técnica não pode ser ignorado. Se a personalização viesse a ser considerada inconveniente ou inadequada, outro recurso técnico teria de ser encontrado para atender à necessidade da nucleação de interesses. Compreende-se, pelo exposto, que as pessoas jurídicas têm sua base na realidade social. Mas a personalidade, isto é, a atribuição de capacidade jurídica, à semelhança do que ocorre com as pessoas naturais, é uma ficção de direito, porque não passa de simples processo técnico. (GOMES, 1999, p. 189)

Uma outra, batizada de teoria da equiparação é explicada por Monteiro (2012, p. 144):

A segunda teoria, da *equiparação* (WINDSCHEID e BRINZ), de modo idêntico, nega qualquer personalidade jurídica como substância. Ela admite, tão somente, que há certas massas de bens, determinados patrimônios, equiparados, no seu tratamento jurídico, às pessoas naturais. As pessoas jurídicas não passam de meros patrimônios destinados a um fim específico, ou patrimônios personificados pelo direito, tendo em vista o objetivo a conseguir.

Nota-se que esta teoria também não pode ser aceita, uma vez que equipara a pessoa à coisa, colocando os bens no mesmo patamar que os sujeitos, confundindo pessoa com patrimônio.

Para os adeptos desta teoria, a pessoa natural, valendo-se de seus bens, destaca parte do patrimônio para destiná-lo a um fim especial e, quando várias pessoas se reúnem para o mesmo fim, inicia-se a pessoa jurídica. Neste sentido:

A diferença entre a pessoa jurídica e a pessoa natural é apenas uma destinação especial dada ao patrimônio. Dizem eles: um homem tem o seu patrimônio e com o seu patrimônio ele persegue todos os fins da sua própria existência, mas, de repente, há um fim que exige a destinação de um patrimônio especial. O homem, então, separa uma parte do seu patrimônio para que essa parte sirva exclusivamente àquele fim. Quando vários homens se reúnem e todos separam os seus bens em quotas do patrimônio destinado àquele fim, convém que a vida jurídica, relacionada com este patrimônio especialmente destinado, seja feita à parte, sem nenhuma relação com a vida individual dos membros individuais. A personalidade jurídica, então, não é outra coisa senão a destinação de um patrimônio a um determinado fim. Nisso reside a personalidade jurídica e nada mais. Ela é um patrimônio que nós propomos a um determinado fim. (DANTAS, 2001, p. 166-167)

A terceira teoria, defendida por Otto von Gierke e Zitelmann, nomeada de teoria da realidade objetiva ou orgânica, defende que existem, além das pessoas

naturais, outros organismos sociais, com existência e vontade própria, distinta da dos seus integrantes, cuja finalidade é realizar um objetivo social (DINIZ, 2014, p. 271).

Sobre esta teoria, Vicente Ráo leciona que:

De modo geral e abstraindo-se as variantes que os diversos autores lhe introduziram, a doutrina da realidade objetiva sustenta que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser consideradas como seres sociais em tudo equiparáveis (embora dentro de uma ordem diversa de fenômenos) às pessoas físicas, pois como estas nascem, vivem e se extinguem não por artifícios do Estado, mas por ação das forças sociais. (1999, p. 727)

Critica-se esta teoria, no aspecto da vontade da pessoa jurídica, pois a vontade é elemento inerente ao ser humano, que não pode existir em um ente coletivo (MONTEIRO, 2012, p. 144).

Da mesma forma entende Limongi França (1980, p. 150): "Já os organicistas (GIERKE) caem no extremo oposto. Afirmando a plena e real existência da pessoa jurídica como corpo social, a ela atribuem vontade própria e integral autonomia."

Por fim, a quarta teoria, que encontra o maior número de adeptos no Brasil, chamada de teoria da realidade técnica, ou como prefere Maria Helena Diniz, teoria da realidade das instituições jurídicas (de Hauriou), que na verdade, como se verá, é uma mistura entre a teoria da ficção com a teoria da realidade orgânica.

Para Diniz (2014, p. 271):

A teoria da realidade das instituições jurídicas, de Hauriou, admite que há um pouco de verdade em cada uma dessas concepções. Como a personalidade humana deriva do direito (tanto que este já privou seres humanos de personalidade - os escravos, p. ex.), da mesma forma ele pode concedê-la a agrupamentos de pessoas ou de bens que tenham por escopo a realização de interesses humanos. A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecerem. Logo, essa teoria é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica.

Para esta teoria, se o direito é quem confere personalidade à pessoa natural, é ele também o responsável por credita-la à pessoa jurídica, conferindo à ela a vontade necessária para a pratica dos seus objetivos sociais, resolvendo os problemas encontrados nas teorias anteriormente apresentadas.

Todavia, apesar da lógica acima, a teoria da realidade técnica também encontra críticos, como Francisco Amaral que entende ser ela extremamente

positivista e desvinculada dos pressupostos materiais ou requisitos impostos pelo Estado para o reconhecimento das pessoas jurídicas (2003, p. 283).

Ainda que pertinente a crítica, é esta a teoria que goza de maior prestígio e aceitação na doutrina atual.

1.3 INÍCIO DA EXISTÊNCIA E REQUISITOS

A pessoa jurídica, diferentemente da pessoa natural, que nasce com a ocorrência de um fato - nascimento com vida, somente passa a existir com a conjugação de vontades - ato volitivo, de duas ou mais pessoas (salvo no caso da empresa individual de responsabilidade limitada, que será tratada mais a frente), que preenchendo determinados requisitos legais, dão existência à pessoa jurídica.

De acordo com a classificação que será apresentada no próximo item, as pessoas jurídicas dividem-se em pessoas de direito público e de direito privado.

As de direito público tem fundamento de existência na própria Constituição de um Estado ou nas leis criadoras, como leciona Diniz (2014, p. 307):

As pessoas jurídicas de direito público, iniciam-se em razão de fatos históricos, de criação constitucional, de lei especial e de tratados internacionais, se se tratar de pessoa jurídica de direito externo. Realmente, "o Estado, p. ex., surge, espontaneamente, da elaboração da vida social quando afirma sua existência em face dos outros. As suas divisões políticas começam a existir, desde que são estabelecidas por normas constitucionais e de acordo com elas se organizam".

Assim, quanto às pessoas jurídicas de direito público, o nascimento delas independe da conjugação de vontades, como acontece para as pessoas jurídicas de direito privado.

Nos termos do que dispõe o artigo 45 do Código Civil, a existência legal da pessoa jurídica de direito privado começa com o registro de seu ato constitutivo no órgão competente para efetuar o registro, além da respectiva autorização ou aprovação, quando exigido por lei.

Nesta seara, o processo de nascimento da pessoa jurídica é composto por duas etapas, a primeira do ato constitutivo e a segunda do registro público propriamente dito.

Quanto à primeira fase, ensina Venosa (2013, p. 271): " Na primeira fase, há a constituição da pessoa jurídica por um ato unilateral *inter vivos* ou *mortis causa* nas fundações e por um ato bilateral ou plurilateral nas corporações".

E continua o mesmo autor:

Como lembra Maria Helena Diniz (1982, v. 1 :114), nessa fase, temos um elemento material e um elemento formal. O elemento material engloba os atos concretos, a reunião dos sócios, as condições dos estatutos, a definição das várias qualidades de sócios etc. Ao menos a princípio, não há necessidade de bens para que a pessoa jurídica tenha existência. O elemento formal é sua constituição por escrito que poderá ser por escrito particular ou público, salvo para as fundações, em que o instrumento público ou o testamento é essencial. (VENOSA, 2013, p. 272).

É nesta primeira fase em que é elaborado o contrato ou estatuto da pessoa jurídica, onde são dispostos os acordos de vontades, para a obtenção de um fim social, que além de ser escrito, deve ainda obedecer aos demais requisitos necessários à validade do negócio jurídico, conforme previsto no artigo 104 do Código Civil.

Após o preenchimento dos requisitos da primeira fase, passa-se à segunda, que trata do registro (artigo 46 do Código Civil), cuja natureza é constitutiva, pois é a partir deste ato que a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica. Além disso, é através do registro que a pessoa jurídica ganha sua autonomia, desvinculando-se das pessoas que a integram. Neste sentido:

No momento em que se opera o assento do contrato ou do estatuto no registro competente, a pessoa jurídica começa a existir, passando a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, a ter capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não tem relação com os dos sócios, adquirindo vida própria e autônoma, não se confundindo com os seus membros, por ser uma nova unidade orgânica. O registro tem força constitutiva, pois além de servir de prova possibilita a aquisição da capacidade jurídica. (DINIZ, 2013, p. 314-315)

Ressalta-se, ainda, que o registro civil da pessoa jurídica retroage, até trinta dias, para assegurar a regularidade dos atos praticados por ela nesse período, conforme previsto no artigo 36, da Lei nº 8.934/94 (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 360).

Nos termos do artigo 45, parágrafo único, o direito de anular a constituição de uma pessoa jurídica tem prazo decadencial de três anos, contados da publicação de sua inscrição no registro.

Tem-se, assim, por requisitos para o surgimento de uma pessoa jurídica, além da constituição e registro, a presença da vontade humana criadora; o preenchimento dos requisitos e condições legais para sua instituição e a licitude do objeto explorado.

Quanto à vontade humana, elucidam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 279):

A vontade humana traduz o elemento anímico para a formação de uma pessoa jurídica. Quer se trate de uma associação ou sociedade, resultante da reunião de pessoas, quer se trate de uma fundação, fruto da dotação patrimonial afetada a uma finalidade, a manifestação de vontade é imprescindível. Não se pode conceber, no campo do direito privado, a formação de uma pessoa jurídica por simples imposição estatal, em prejuízo da autonomia negocial e da livre iniciativa. A unidade orgânica do ente coletivo decorre exatamente desse elemento imaterial.

Sobre a licitude do objeto a ser explorado, parece óbvio que o ordenamento jurídico não compactua com atos ilegais e, assim sendo, não há razão em se permitir a criação de uma nova pessoa com fins ilícitos.

Corroborando o assunto:

Finalmente, a atividade do novo ente deve dirigir-se para um fim lícito. Não se adapta à ordem jurídica a criação de uma pessoa que não tenha finalidade lícita. Não pode a ordem jurídica admitir que uma figura criada com seu beneplácito contra ela atente. Se a pessoa jurídica, em suas atividades, desviar-se das finalidades lícitas, o ordenamento tem meios para cercear e extinguir sua personalidade (VENOSA, 2013, p. 241).

Ratificando e complementando, lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 280):

Finalmente, deve concorrer a *licitude de seu objetivo ou finalidade*. Não há que se reconhecer existência legal e validade à pessoa jurídica que tenha objeto social ilícito ou proibido por lei, pois a autonomia da vontade não chega a esse ponto. Com bastante lucidez, a esse respeito, pontifica FÁBIO ULHOA COELHO: "o princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre os seus interesses, através de transações com as outras pessoas envolvidas. Estas transações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer. A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei."

Por último, o preenchimento dos requisitos e condições legais para sua instituição, já foram tratados no começo deste item.

1.4 CLASSIFICAÇÃO

Sobre a classificação, ressalta-se que existem critérios para realizá-la. No presente estudo importa a análise das sociedades, que será devidamente abordada no próximo capítulo, razão pela qual a classificação a seguir é balizada pela doutrina tradicional do direito civil.

Quanto à nacionalidade, um primeiro critério de classificação, a pessoa jurídica pode ser nacional ou estrangeira, conforme o local em que foi constituída. São pessoas jurídicas nacionais, aquelas que tiveram sua personalidade jurídica conferida pelo Direito brasileiro; enquanto que as constituídas em outro Estado, são consideradas pessoas jurídicas estrangeiras, na medida em que vinculam-se ao ordenamento jurídico que lhes confere validade e existência (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 340).

Ressalta-se que é possível existir pessoa jurídica estrangeira com filial no Brasil, ocasião em que deverá submeter-se aos imperativos da legislação brasileira.

Outro critério é o da função e capacidade, onde a pessoa jurídica é dividida em pessoa jurídica de direito público e de direito privado. As de direito público são:

Pessoa jurídica de direito público – é o conjunto de pessoas ou bens que visa atender a interesses públicos, sejam internos ou externos. De acordo com o art. 41 do CC/2002 são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas pela lei. Seu estudo é objetivo mais do Direito Administrativo do que do Direito Civil. (TARTUCE, 2014, p. 201)

Sobre a pessoa jurídica de direito público, o Código Civil faz uma ressalva no parágrafo único do artigo 41, pois quando ela tiver estrutura de Direito Privado, será regulamentada pelo Código Civil, a exemplo do que ocorre com as sociedades de economia mista.

A pessoa jurídica de direito privado tem uma característica marcante, em relação à de direito público, posto que ela origina-se da vontade de seus criadores e, se propõe a realizar objetivos de natureza particular, para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade. Seus tipos estão elencados no rol do artigo 44 do Código Civil.

O terceiro e último critério de classificação adotado neste estudo, diz respeito à estrutura interna da pessoa jurídica. Dividem-se, assim, em *universitas bonorum* - fundação, cuja estrutura interna é composta de um patrimônio afetado a um fim específico, e; *universitas personarum* - corporação, que estrutura-se por um conjunto de pessoas, unidas por um fim em comum (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 341).

As corporações englobam as sociedades e associações. Como já alertado, as sociedades serão analisadas no próximo capítulo, razão pela qual, serão minimamente mencionadas neste item.

1.4.1 Fundações

Quanto às fundações, que se caracterizam por serem as pessoas jurídicas de direito privado, constituídas por ato unilateral, partindo da destinação de um bem específico, e que têm por objetivo garantir a permanência e utilidade patrimonial, o elemento principal e de maior importância, é o patrimônio, veja:

Na fundação o que avulta é o patrimônio. O patrimônio se destina àquele fim e as pessoas se reúnem apenas para porem em atividade aquele patrimônio, para fazê-lo funcionar. As pessoas passam, não têm importância: o que tem importância é o patrimônio. (DANTAS, 2001, p. 173)

Para Orlando Gomes (1999, p. 192), a fundação:

É, em síntese, um patrimônio destinado a um fim. Resulta de construção da técnica jurídica altamente valiosa para a realização de fins socialmente úteis. A atribuição de personalidade ao conjunto de bens destinados à realização de certo fim é, realmente, recurso técnico indispensável a que a obra possa sobreviver ao criador. Trata-se de negócio jurídico unilateral para a constituição de uma pessoa jurídica, que se exaure ao produzir seu efeito específico.

De acordo com o artigo 62 do Código Civil, a fundação é criada a partir de um testamento ou por escritura pública e, se insuficientes os bens para a sua constituição, serão esses incorporados por outra fundação, cuja atividade deve ser semelhante, salvo previsão em contrário pelo seu instituidor, conforme dispõe o artigo 63 do mesmo código.

Quanto à criação, pode-se dizer que o procedimento é constituído por cinco fases: a afetação dos bens livres; especificação dos fins; previsão do modo de administração; elaboração de estatutos com base em seus objetivos e submetidos à

apreciação do Ministério Público que os fiscalizará, e, o registro, que deve ocorrer obrigatoriamente no Ofício de Registro de Pessoas Jurídicas.

Outro aspecto interessante da fundação, diz respeito aos seus fins, que somente podem ser aqueles elencados no rol previsto no parágrafo único, do artigo 62, do Código Civil.

Apesar da alteração do rol acima mencionado, pela Lei nº 13.151/2015, a previsão de um rol pelo Código Civil é muito bem aceita pela doutrina, pois por muitas vezes, a fundação foi utilizada com fins ilícitos, com o intuito de enriquecimento sem causa (TARTUCE, 2014, p. 203).

Corroborando este entendimento:

Aqui vale o registro de que vem se entendendo, corretamente, apesar de a letra fria do parágrafo único do art. 62 do Código Civil apontar noutra direção, que o referido dispositivo legal “deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações de fins lucrativos”, conforme cimentado no Enunciado 9 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, explicitando o caráter meramente enunciativo (exemplificativo) do rol contemplado no citado dispositivo legal, permitindo que a fundação busque finalidades outras, dê que afastado o caráter lucrativo. É o exemplo comum das fundações de caráter educacional ou ambiental. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 349) (SIC)

E continuam os mesmos autores:

Em verdade, a intenção do legislador, ao editar o parágrafo único do art. 62 do *Codex*, 52 foi deixar clara a impossibilidade de criação de uma fundação para fins lucrativos, afastando uma possibilidade muito utilizada noutros países, onde são criadas fundações para administrar fortunas em favor de pessoas, como os herdeiros do instituidor. Bem por isso, há de se interpretar extensivamente o citado dispositivo legal para entender nele incluídas fundações que busquem proteger, apoiar, colaborar, amparar e prestar serviços de relevância social, como, por exemplo, nas áreas do meio ambiente, da educação, da saúde... (Op. cit., p. 349-350)

Outra peculiaridade da fundação e, em razão do interesse social, o Ministério Público, em regra estadual, velará por elas, devendo os seus administradores prestarem contas a ele.

Sobre a possibilidade de alteração do seu estatuto, somente é possível com deliberação por dois terços dos responsáveis por geri-la, bem como a alteração não contrarie a sua finalidade, neste sentido:

A alteração das normas estatutárias da fundação somente é possível mediante a deliberação de dois terços das pessoas responsáveis pela sua gerência, desde que tal alteração não contrarie ou desvirtue

a sua finalidade e que seja aprovada pelo Ministério Público (art. 67 do CC). Eventualmente, não havendo aprovação unânime, os vencedores quanto à alteração deverão requerer ao Ministério Público que dê ciência à minoria, visando impugnações, que devem ser apresentadas no prazo de 10 dias, sob pena de decadência (art. 68 do CC). É forçoso observar que não cabe qualquer decisão ao Ministério Público, devendo as nulidades ser apreciadas pelo Poder Judiciário, dependendo do caso concreto. (TARTUCE, 2014, p. 205-206)

Quanto à extinção da fundação, suas regras estão dispostas no artigo 69 do Código Civil.

Apenas para fugir da omissão, deve-se frisar que o Estado, com base no artigo 41, inciso V, do Código Civil brasileiro, também pode criar, via processo legislativo, fundações de direito público, que se assemelham bastante às fundações de direito privado.

1.4.2 Corporações

Conforme já alertado sobre as corporações, das quais fazem parte as sociedades, associações, organizações religiosas e partidos políticos, a pesquisa focará, neste item, somente nas associações, uma vez que as sociedades serão tratadas em capítulo próprio.

De início é importante ressaltar a previsão constitucional de livre associação, conforme dispõe os artigos 5º, incisos XVII, XX e 8º da Constituição Federal, destacando a mínima intervenção do Estado nas associações.

As associações são assim definidas: "As associações são entidades de direito privado, formadas pela união de indivíduos com o propósito de realizarem fins não econômicos" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 296).

Diante do conceito apresentado, infere-se que nas associações não há a persecução de fins econômicos, o que leva a crer que o seu elemento fundamental reside nas pessoas que a compõem.

Ressalta-se que nada impede às associações de obter patrimônio ou praticar atividade lucrativa, desde que tudo isto destine-se aos fins estatutários próprios e sem qualquer forma de distribuição de lucros aos associados (RIZZARDO, 2003, p. 253).

Neste sentido:

A circunstância de uma associação eventualmente realizar negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, todavia, proporcionar ganhos aos associados não a desnatura, sendo comum a existência de entidades recreativas que mantêm serviço de venda de refeições aos associados, de cooperativas que fornecem gêneros alimentícios e conveniências a seus integrantes, bem como agremiações esportivas que vendem uniformes, bolas etc. aos seus componentes.

A redação do retrotranscrito art. 53, ao referir-se a “fins não econômicos”, é imprópria, pois toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividades econômicas. O que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa. (GONÇALVES, 2012, p. 223).

Sobre os aspectos formais, prevê o artigo 54 do Código Civil, os requisitos mínimos do estatuto das associações, sob pena de nulidade.

Sobre o assunto, vale destacar o pensamento de Miguel Reale (1999, p. 65):

[...] daí as regras disciplinadoras da vida associativa em geral, com disposições especiais sobre as causas e a forma de exclusão de associados, bem como quanto à repressão do uso indevido da personalidade jurídica, quando esta for desviada de seus objetivos socioeconômicos para a prática de atos ilícitos e abusivos.

As regras da associação, devem, portanto, estarem previstas no estatuto, mas além disso, o Código Civil disciplinou de maneira geral os direitos dos associados, formas de exclusão, competência da assembleia geral, bem como as questões atinentes à dissolução.

Sobre os partidos políticos e organizações religiosas, pela falta de interesse ao estudo, bem como pelo que trata a doutrina sobre suas similaridades com a associação, não serão abordados:

É evidente que as *organizações religiosas* e os *partidos políticos* possuem incontroversa natureza associativa, não se justificando, sob o ponto de vista ontológico, terem merecido tratamento diferenciado, em separado das associações. Uma análise cuidadosa dessa previsão de tratamento dos partidos políticos e organizações religiosas em separado das associações leva à crença de que o intuito do legislador teve “conotação política, para afastar que tais entidades tenham que se adaptar às regras previstas no Código Civil de 2002 quanto às associações, tidas por muitos como complexas e burocráticas.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 354)

1.5 CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA

Este item do trabalho poderia pertencer ao item 1.3, todavia, ainda que de forma rápida o conteúdo aqui trabalhado, mostra-se necessário o destaque, em

razão do objeto do estudo, que versa sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

Nas palavras de Tartuce (2014, p. 111), pode-se conceituar personalidade como:

Quanto à personalidade, essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social.

Em um sentido mais profundo, diz-se sobre a personalidade jurídica:

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica. (BEVILÁQUA, 1999, p. 81)

Nota-se pelos conceitos acima que a personalidade jurídica é o fundamento jurídico central das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, pois é o que garante proteção fundamental, ainda que minimamente. É a personalidade jurídica que permite à pessoa titularizar direitos e deveres na ordem jurídica. Sobre esse assunto leciona Tepedino (2001, p. 47):

[...] em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como *valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.*

Como visto anteriormente, o início da personalidade jurídica da pessoa jurídica ocorre com o seu registro no órgão competente e, a partir daí ela passa a titularizar direitos e deveres, aplicando-se a ela, nos termos do artigo 52 do Código Civil, a proteção aos direitos da personalidade, naquilo que couber.

Sobre a capacidade, que é decorrência lógica da aquisição da personalidade jurídica, tem-se que ela é a aptidão para o exercício dos atos da vida civil. No que tange à pessoa jurídica, afirma-se:

A capacidade é decorrência lógica da personalidade atribuída à pessoa. Se, por um lado, a capacidade para a pessoa natural é plena, a capacidade da pessoa jurídica é limitada à finalidade para a qual foi criada, abrangendo também aqueles atos que direta ou indiretamente servem ao propósito de sua existência e finalidade. (VENOSA, 2013, p. 247)

Desta forma, assim que registrada a pessoa jurídica, ela passa a ter capacidade, juridicamente reconhecida pelo ordenamento, para a prática de todos os atos concernentes à sua atividade.

Como efeito da personalização e aquisição de capacidade pela pessoa jurídica, surge a autonomia em relação às pessoas que a integram, na medida em que são vistas pelo ordenamento jurídico como sujeitos distintos, tanto em deveres como em obrigações:

Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica derivam consequências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações. Três exemplos ilustram as consequências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial. (COELHO, 2012, p. 24)

Neste mesmo sentido:

É reconhecida às pessoas jurídicas, por conseguinte, como corolário de sua personalidade, uma *capacidade jurídica geral* para as relações patrimoniais. Não se confunde, entretanto, com a personalidade e capacidade da pessoa humana, que, segundo a estruturação constitucional apresentada logo no art. 1º, inciso III, tem proteção privilegiada do sistema jurídico. Vale dizer, a tutela da pessoa humana é avançada e preferencial! (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 363)

Arrematando sobre a capacidade, Venosa (2013, p. 248), explica que:

A base jurídica da pessoa jurídica em sua ordem interna será sempre seu ato constitutivo, seus estatutos ou contrato social. Quando estes não contrariarem norma de ordem pública, prevalecerá sobre os dispositivos

legais em prol da autonomia da vontade. Assim também devem ser vistos os dispositivos presentes no vigente Código.

Com isso, tem-se que a soma da personificação da pessoa jurídica, com o reconhecimento de sua capacidade, aliado à autonomia patrimonial, permite, no ordenamento jurídico brasileiro, que as pessoas físicas sintam-se encorajadas as reunirem-se para a execução de atividades, principalmente as empresariais, aumentando o potencial econômico do país, permitindo o acesso a um maior número de bens e serviços à sociedade.

Apenas para não ser omissos, ressalta-se a existência de entes despersonalizados em nosso Direito, tais como a família, a sociedade irregular, a sociedade de fato, massa falida, herança jacente ou vacante, o espólio e o condomínio (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 363).

1.6 FIM DA EXISTÊNCIA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica, assim como a natural, completa o seu ciclo existencial, extinguindo-se. A extinção decorre por vontade dos seus integrantes, por causas previstas em lei, no estatuto ou contrato social.

A dissolução convencional, ou seja, aquela tomada pela vontade dos seus integrantes, pois o mesmo poder que cria, também pode extinguir. A Dissolução legal é a que decorre da lei, com causas legalmente previstas, como por exemplo ocorre no artigo 1.033, inciso IV do Código Civil - falta de pluralidade de sócio, não reconstituída no prazo de 180 dias.

Se a pessoa jurídica tiver patrimônio, quando de sua extinção, ela subsistirá até que se liquide o acervo e, quando este for liquidado, será promovido o seu cancelamento de sua inscrição e averbado no mesmo órgão competente para o registro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 330).

Aspecto interessante sobre a extinção ocorre nas associações, pois o Código Civil prevê no artigo 61 que, em caso de dissolução, o patrimônio líquido, deverá ser destinado à entidade sem fins lucrativos designada no estatuto, ou, em caso de omissão, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. Na falta dessas, os bens remanescentes serão devolvidos à fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União, consoante disposto no parágrafo 2º, deste mesmo dispositivo legal.

Já no caso das fundações, em caso de término de prazo ou desvirtuamento de função, o artigo 69 do Código Civil, prevê o destino dos bens integrantes de seu acervo patrimonial, devendo os mesmos serem incorporados ao patrimônio de outra fundação, cuja finalidade seja ao menos semelhante, salvo disposição em contrário do seu estatuto.

Elucidando sobre o tema:

[...] constata-se que a extinção de uma fundação possui a natureza de incorporação exclusivamente do patrimônio obtido a partir da quitação do passivo, sem que se transfiram para a fundação incorporadora os débitos e relações jurídicas, fiscais e trabalhistas da fundação incorporada... É razoável supor que a fundação incorporadora do patrimônio assuma bens livres de onerações. Primeiro, porque a fundação extinta deverá responder pelos seus débitos de acordo com a força de seu patrimônio. Por segundo argumento, o Ministério Público não pode permitir que se dê a transferência de patrimônio com ônus ou que implique em prejuízo a eventuais credores da fundação extinta. Finalmente, a entidade que incorpora o patrimônio não pode assumir obrigações que possam comprometer a sua própria continuidade e a viabilidade de seus objetivos. (DINIZ, 2000, p. 345-346)

Ressaltando que, com a extinção da pessoa jurídica, promove-se o cancelamento de seu registro, no respectivo órgão competente ao registro.

2 DA SOCIEDADE

As sociedades, como têm papel relevante no presente estudo, serão estudadas neste capítulo. O Código Civil de 2002 unificou a disciplina das sociedades civis e empresariais, estas que antes eram tratadas pelo revogado Código Comercial.

Assim, diz-se que são sociedades as pessoas jurídicas resultantes do desejo comum de dois ou mais indivíduos, constituídas na forma da lei, e que têm por escopo o enriquecimento pecuniário da entidade e dos seus membros.

Sobre o tema, elucidam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 301): "A sociedade é espécie de corporação, dotada de personalidade jurídica própria, e instituída por meio de um contrato social, com o precípua escopo de exercer atividade econômica e partilhar lucros."

Ainda sobre o conceito: E as **sociedades**, por sua vez, são **pessoas jurídicas de direito privado**, decorrentes da união de pessoas, que possuem **fins econômicos**, ou seja, são constituídas com a finalidade de exploração de uma atividade econômica e **repartição dos lucros** entre seus membros. (RAMOS, 2014, 584-585)

Nota-se pelos conceitos acima que o traço marcante e diferenciador das sociedades em relação às associações é a finalidade lucrativa, através da exploração de uma atividade econômica.

Esta matéria está disciplinada pelo Código Civil, a partir do artigo 981.

2.1 SOCIEDADE SIMPLES E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Com a unificação da matéria pelo Código Civil, é necessário diferenciar as sociedades civis das empresárias, mesmo porque elas têm diferentes valores em relação ao prosseguimento do estudo.

São simples, as sociedades constituídas, via de regra, por profissionais que atuam em uma mesma área ou por prestadores de serviços, com fins econômicos. Já as empresárias, que visam lucro, distinguem-se das simples, pois tem como objeto social uma atividade típica de empresário, nos termos do artigo 966, do Código Civil (GONÇALVES, 2012, p. 226).

Assim, as sociedades simples, que foram introduzidas pelo Código Civil de 2002, em substituição às sociedades civis, abrangendo aquelas sociedades que não

exercem atividade própria de empresário. Trata-se de pessoa jurídica que, embora persiga proveito econômico, não empreende atividade empresarial.

Percebe-se que as sociedades simples abarcam a necessidade de profissionais liberais, instituições de ensino, entidades de assistência médica, entre outras atividades, conforme anotado por Marcondes Reale (1999, p. 79):

Com a instituição da sociedade simples, cria-se um modelo jurídico capaz de dar abrigo ao amplo espectro das atividades de fins econômicos não empresariais, com disposições de valor supletivo para todos os tipos de sociedade.

Ressalta-se que as sociedades simples podem adotar qualquer uma das formas previstas para as sociedades empresárias, salvo a forma de sociedade por ações, uma vez que estas são obrigatoriamente empresárias, nos termos da lei de regência; e, mesmo assim não se submetem às normas atinentes ao empresário (REALE, 1999, p. 77).

O Código Civil não define o que é sociedade empresária, apenas define quem é o empresário, de acordo com a disposição legal prevista no artigo 966: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Assim, diante da previsão legal, pode-se conceituar sociedade empresária como:

Nesse diapasão, conclui-se que a *sociedade empresária vem a ser a pessoa jurídica que exerça atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, com registro na Junta Comercial e sujeita à legislação falimentar.* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 303)

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 18): "Sociedade empresária é a pessoa jurídica que explora uma empresa. Atente-se que o adjetivo "empresária" conota ser a própria sociedade (e não os seus sócios) a titular da atividade econômica".

As sociedades empresariais podem ser constituídas pelos seguintes tipos: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade por ações; e) sociedade em comandita por ações.

Por não ser primordial ao estudo a definição do tipo societário, estes serão tratados de forma simples, a seguir.

A sociedade em nome coletivo se manifesta pelo exercício de atividade econômica sob uma firma ou razão social, em que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

A sociedade em comandita simples se caracteriza por explorar, sob firma ou razão social, atividade empresarial sob a responsabilidade solidária e ilimitada de um ou mais sócios (comanditados) e a responsabilidade limitada ao montante das respectivas quotas dos demais sócios (comanditários).

A sociedade limitada é aquela em que os sócios respondem solidariamente até o limite do capital social, isto é, pelo valor das quotas com que se comprometem, no contrato social. Somente haverá responsabilidade solidária pelo valor das quotas subscritas, mas não integralizadas.

A sociedade anônima é aquela cujo capital é dividido em ações, cuja responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço das ações subscritas, ou adquiridas, de igual valor nominal, não podendo ter firma, apenas denominação.

O objetivo das sociedades por ações seja de capital aberto, seja de capital fechado, sempre será de natureza mercantil, mesmo que o seu objetivo seja civil, ou seja, somente pode ser empresa de fim lucrativo.

Por fim, a sociedade em comandita por ações se caracteriza por possuir duas espécies de acionistas, aqueles que respondem limitadamente pelo valor das ações subscritas, e aqueles que, além de exercerem a direção da empresa, respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Podem ter denominação ou firma, sempre seguida da expressão "Comandita por ações".

Finalizando este item, cumpre destacar que, de acordo com os estudos de Alberto Asquini, a empresa possui quatro perfis, sendo um deles, o subjetivo voltado ao empresário ou sociedade empresária, vejamos todos:

O primeiro perfil é o subjetivo, cujo qual: "a organização econômica da empresa pelo seu vértice, usando a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário" (ASQUINI, 1996, p. 114). Assim, por este perfil, empresa é o empresário ou os integrantes da sociedade empresária.

Perfil objetivo, o segundo: "concentra-se nas coisas utilizadas pelo empresário individual ou sociedade empresária no exercício de sua atividade. São os bens corpóreos e incorpóreos que instrumentalizam a vida comercial" (NEGRÃO, 2014, p.25).

O terceiro perfil, chamado de funcional, identifica a empresa pela sua atividade, profissionalmente organizada pelo empresário.

Por fim, o perfil corporativo ou organizacional, segundo o qual a empresa é instituída como um núcleo socialmente organizado em função de um fim econômico comum (ASQUINI, 1996, p. 122).

2.2 ÓRGÃO COMPETENTE PARA O REGISTRO

O registro, como visto anteriormente, é o ato necessário para que a sociedade adquira personalidade jurídica e passe a exercer, de forma autônoma, suas atividades. Assim, mostra-se relevante, bem como o é, a distinção entre sociedade simples e empresária, distinguir o órgão competente para o registro de cada uma delas e suas exigências.

Inicialmente tratar-se-á do registro das sociedades simples, cujo órgão competente é o Ofício de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, previsto no artigo 114 e seguintes da Lei nº 6.015/1973, neste sentido: "**No Registro Civil de Pessoas Jurídicas são inscritos os atos constitutivos das sociedades simples, associações, fundações e dos partidos políticos.**" (LOUREIRO, 2017, p. 363).

Sabe-se que o sistema de registro público, no tocante às sociedades, surge no final da idade média e início da idade moderna, uma vez que a publicidade da existência das sociedades, bem como quem as representa é essencial para a melhora e desenvolvimento das atividades econômicas, permitindo, inclusive, a redução nos custos de transação (LOUREIRO, 2017, p. 363).

De acordo com o artigo 114 da Lei nº 6.015/1973, serão inscritos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública; as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas (que obrigatoriamente são empresariais); e, os atos constitutivos e os estatutos dos partidos políticos.

O registrador, antes de proceder ao registro, deve avaliar se o objeto social é lícito, bem como se a atividade é contrária, nociva ou perigosa ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.

Detalhe relevante sobre o registro das sociedades simples, diz respeito à sua natureza jurídica, que é constitutiva, como acentua Loureiro (2017, p. 365):

No Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o registro tem natureza constitutiva: constitui a personalidade jurídica das entidades previstas no art. 44 do Código **Civil, com importantes reflexos nas respectivas atividades societária ou estatutária. Além do mais, como consequência do controle registral, tais inscrições** gozam de fortes efeitos legais: a) o conteúdo da inscrição é presumido exato e **válido; b) os atos inscritos são oponíveis a terceiros; e) os registros produzem** seus efeitos enquanto não forem declarados inválidos por decisão judicial ou **não forem cancelados**.

Extraí-se, portanto, que toda vez que uma sociedade estiver registrada no Ofício do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, ela será simples, ainda que adote umas das formas estabelecidas para as sociedades empresárias, salvo a de sociedade por ações, bem como o registro tem eficácia constitutiva, ou seja, produz efeitos pro futuro.

Já no tocante às sociedades empresárias, o órgão competente ao registro é a Junta Comercial.

Em breve relato histórico sobre o órgão competente para o registro das sociedades empresárias, Bulgarelli (1997, p. 221) explica que:

Quanto ao *registro*, cujas origens corporativas são inegáveis, e que foi introduzido no Brasil, com a chegada de D. João VI, através do ALVARÁ de 23-8-1808, que criou o Tribunal da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação do Estado do Brasil e Domínios Ultramarinos, regulando um registro público para os comerciantes [...].

O registro do comércio era de atribuição de uma das repartições do Tribunal, denominado então de Junta Comercial. Em 1875, os Tribunais do Comércio foram extintos e suas atribuições foram transferidas para as Juntas Comerciais, à época, eram sete (COELHO, 2012, p. 149).

Atualmente, o registro das sociedades empresárias, tem disciplina e órgão competente próprios, como explica Bruscato (2011, p. 111):

O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, disciplinado pela Lei n. 8.934/94 (regulamentada pelo Decreto n. 1.800/96), está a cargo do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), composto pela DNRC, como órgão central, e pelas Juntas Comerciais, atuando nas unidades federativas.

As Juntas Comerciais, que têm função executiva, são responsáveis pelos atos de registro. Sua estrutura é feita de acordo com a legislação do estado a que pertence, sendo que, na maioria dos casos, revestem-se da natureza de autarquias.

Ressalta-se que registro é gênero dos quais são espécies a inscrição, a matrícula, a averbação, a autenticação, o arquivamento e os assentos (VENOSA, 2010, p. 43). Todavia, ao presente trabalho interessa apenas a inscrição e o arquivamento.

Por inscrição entende-se o ato que contém os dados do empresário ou sociedade empresária, necessários à constituição regular da pessoa jurídica, devendo-se observar os requisitos mínimos previstos no artigo 967 do Código Civil.

O arquivamento, por sua vez:

O *arquivamento* se refere à grande generalidade dos atos levados ao registro de empresas. Assim, os de constituição, alteração, dissolução e extinção de sociedades empresárias são arquivados na Junta. Também serão objeto de arquivamento a firma individual (com que o empresário pessoa física explora sua empresa), os atos relativos a consórcio e grupo de sociedades, as autorizações de empresas estrangeiras e as declarações de microempresa. Do mesmo modo, será arquivado qualquer documento que, por lei, deva ser registrado pela Junta Comercial, como, por exemplo, as atas de assembleias gerais de sociedades anônimas. Esses documentos todos, de registro obrigatório, só produzem efeitos jurídicos válidos, após a formalidade do arquivamento. (COELHO, 2012, p. 153)

Sobre os atos levados à registro perante a Junta Comercial, ressalva-se que esta não aprecia o mérito dos mesmos, apenas a suas formalidades, previstas em lei, decreto regulamentar e instruções do Departamento Nacional do Registro do Comércio.

Os atos levados a registro na Junta Comercial devem observar o prazo de trinta dias, contados da assinatura do documento, conforme prevê o artigo 32, da Lei nº 8.934/1994 e, caso obedeçam a este prazo, o registro terá efeito retroativo à data da assinatura.

Nota-se, portanto, que o registro é ato imprescindível ao exercício da atividade empresarial e, caso este não ocorra, acarretará à sociedade empresarial, neste caso irregular, a sanção de responsabilidade ilimitada de seus sócios, pelas obrigações contraídas pela sociedade, neste sentido:

A principal sanção imposta à sociedade empresária que explora irregularmente sua atividade econômica, isto é, que funciona sem registro na Junta Comercial, é a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade. O arquivamento do ato

constitutivo da pessoa jurídica — contrato social da limitada, ou os estatutos da anônima — no registro de empresas é condição para a limitação da responsabilidade dos sócios. A natureza desta responsabilidade limitada — se direta ou subsidiária — depende da posição adotada pelo sócio na gestão dos negócios sociais. O sócio que se apresentou como representante da sociedade tem responsabilidade *direta*, enquanto os demais, *subsidiária* (CC, art. 990), a menos que tenham tido a intenção de constituir uma sociedade anônima, hipótese em que responderão solidária, direta e ilimitadamente pelas obrigações nascidas da atividade irregular. A matéria será aprofundada noutra oportunidade (Cap. 28, item 6). Por ora, importa deixar assente que os sócios poderão vir a responder com o seu próprio patrimônio, por todas as obrigações da sociedade, se não for providenciado o registro do respectivo ato constitutivo na Junta Comercial. (COELHO, 2012, p. 157)

Além dessa sanção, outras também incidem, tais como: falta de legitimidade para pedido de falência de outro empresário; impossibilidade de requerer recuperação judicial; aplicação de sanções fiscais e administrativas.

Finalmente, o registro tem efeito declaratório. Apenas por curiosidade, o produtor rural está dispensado de inscrição na Junta Comercial, mas pode optar por fazê-lo, ocasião em que será considerado empresário para todos os fins, mas o registro tem natureza constitutiva (RAMOS, 2014, p. 182).

2.3 REQUISITOS PARA SER EMPRESÁRIO

Na medida em que este capítulo trata das sociedades, tanto as simples, quanto as empresárias, soaria estranho o presente item tratar apenas do empresário ou sociedade empresarial. Todavia, como não há doutrina abordando o tema dos requisitos para ser sócio, de qualquer tipo de sociedade, uma vez que os pressupostos para ser empresário aplicam-se, quase que em sua totalidade, aos sócios das demais sociedades, torna-se coerente seguir as disposições doutrinárias sobre o tema.

Assim, salvo as ressalvas expressas, os requisitos para ser empresário ou sócio de sociedade empresarial, aplicam-se às sociedades simples, não empresárias.

Antes de tratar especificamente sobre os requisitos, cumpre novamente definir o empresário, cujo conceito empresta-se às sociedades empresárias, diante do comando legal, previsto no artigo 966 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços

De acordo com o legislador, para ser empresário, além dos requisitos que serão tratados ainda neste item, é necessário que exista a exploração de uma atividade econômica, exercida de forma profissional e habitual, com a finalidade de produzir ou circular bens e serviços, com o intuito de lucro. Neste sentido:

Daí, é possível fixar as diretrizes essenciais:

- a organização da atividade (empresa) é titularizada por um sujeito de direito (empresário ou sociedade empresária), tendo como instrumento o estabelecimento empresarial (universalidade de fato);
- a profissionalidade do exercício;
- a condição produtiva ou circulatória de bens; e
- o objetivo de lucro. (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 20)

Dito de outra forma, conforme afirma Tomazette (2012, p. 38):

Aproveitando o teor do artigo 966 do Código Civil de 2002, bem como do artigo 2.082 do Código Civil italiano de 1942, podemos concluir que empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado.

Sobre o conceito, tanto advindo da lei, bem como aquele exposto pela doutrina, um elemento chama a atenção, quanto à sociedade empresária, que o objetivo de lucro, sem qual, o exercício da atividade, ainda que profissionalmente organizada não pode ser considerado empresarial, conforme assinala Ramos (2014, p. 138): "Ao destacarmos a expressão atividade econômica, por sua vez, queremos enfatizar que empresa é uma atividade exercida com **intuito lucrativo**".

Visto que o lucro é essencial à caracterização da sociedade como empresarial, uma vez que este assunto será novamente trazido à discussão no futuro, resta, então, analisar finalmente os requisitos para ser empresário.

Como primeiro requisito, cita-se a capacidade civil, conforme prevê o artigo 972 do Código Civil.

Sem entrar na discussão trazida pela Lei nº 13.146/2015, que alterou o sistema de capacidades do Código Civil, revogando, inclusive, o artigo 3º, que tratava das hipóteses de incapacidade absoluta, tem-se, hoje, que o absolutamente incapaz é somente o menor de dezesseis anos e, assim sendo, não pode ser empresário, todavia pode figurar como sócio de sociedade empresária ou simples, desde que representado.

Já os relativamente incapazes, previstos no rol do artigo 4º do Código Civil, assim, como os absolutamente incapazes, não podem dar início ao exercício da empresa, mas podem continuá-la, de forma excepcional:

Outra observação a ser feita sobre o artigo em comento é que ambas as situações excepcionais em que se admite o exercício de empresa por incapaz são para que ele continue a exercer empresa, mas nunca para que ele inicie o exercício de uma atividade empresarial. O incapaz nunca poderá ser autorizado a iniciar o exercício de uma empresa, apenas poderá ser autorizado, excepcionalmente, a **dar continuidade** a uma atividade empresarial. (RAMOS, 2014, p. 192)

Já com relação à participação em sociedades, não há óbices, desde que sejam os relativamente incapazes, devidamente representados. Em sentido contrário:

Sustentamos, dessa forma, que os sócios de sociedades constituídas em função das pessoas, tais como as em nome coletivo, comandita simples, capital e indústria e sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não podem ser menores, salvo se forem, quando maiores de 16 e menores de 18 anos, devidamente emancipados. Admitir que o menor, nas condições apontadas, possa associar-se em sociedade limitada levará, pelos mesmos fundamentos, a admitir-se que se possa ele associar-se, como sócio comanditário, em sociedade em comandita simples, pois este também incide na limitação de sua responsabilidade como simples prestador de capital. (REQUIÃO, 2015, p. 146)

Todavia, em que pese o argumento acima, o assunto já está pacificado no âmbito das Juntas Comerciais, especialmente após o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 82.733, bem como pelas disposições do artigo 974, parágrafo 3º do Código Civil.

Dessa forma, o incapaz pode ser sócio de qualquer tipo de sociedade, desde que representado ou assistido.

Outro requisito para ser empresário, diz respeito às incompatibilidades, tal como ocorre para os funcionários públicos, magistrados, militares, etc. Todavia, a lei não proíbe que estas pessoas figurem como sócios de sociedades, sejam elas simples, sejam empresárias, somente proibindo que figurem como administradores, sob pena de burla à incompatibilidade.

Finalmente, não podem ser empresários os falidos, enquanto não reabilitados. Quanto a participar de outras sociedades, não existem restrições, desde que ele não seja administrador.

2.4 SOCIEDADE DE PESSOAS E SOCIEDADE DE CAPITAL

A distinção entre sociedades de pessoas e de capital, tem uma importância no presente trabalho, especialmente quanto ao tema a ser estudado no próximo capítulo, quanto à questão do planejamento sucessório e proteção patrimonial, razão pela qual mostra-se necessário destacar essa classificação em item próprio.

Diferenciar sociedades entre pessoas e de capital, traz um fundamento à própria sociedade, conquanto delinea a presença dos elementos subjetivos ou não predominantes no momento de sua formação.

Sobre o tema e diferenciando as sociedades, Borba (2015, p. 77-78), entende que:

As sociedades de pessoas têm no relacionamento entre os sócios a sua razão de existir. A vinculação entre os sócios funda-se no *intuitu personae*, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais. As cotas são, assim, intransferíveis, a fim de que não ingresse um estranho na sociedade, ressalvados naturalmente os casos em que haja a unânime concordância dos demais sócios. Nas sociedades de capitais inexistente esse personalismo. A cada um dos sócios é indiferente a pessoa dos demais. O que ganha relevância nessa categoria de sociedade é a aglutinação de capitais para um determinado empreendimento.

Nota-se a clara e importante diferença entre sociedades de pessoas e capitais, na medida em que na de pessoas o elemento subjetivo, a relação de confiança, o caráter afetivo entre os sócios é o que determina a união em sociedade, enquanto que, na sociedade de pessoas, valoriza-se o capital, o dinheiro que cada um dos sócios pode aportar na sociedade, pouco importando suas qualidades pessoais.

Outra questão importante que esta distinção traz, diz respeito à sucessão dos sócios na sociedade, uma vez que na sociedade de pessoas, o sucessor pode não ter as mesmas características e qualidades do sócio sucedido, não agregando qualquer valor para a sociedade, ao passo em que isto é irrelevante para a sociedade de capitais, desde que o sucessor tenha a mesma capacidade financeira que o sucedido.

Elucidando sobre o tema Tomazette (2012, p. 280):

Pelos mesmos motivos, a morte ou incapacidade de algum sócio pode gerar a dissolução total ou parcial da sociedade de pessoas, uma vez que os demais sócios não são obrigados a admitir os herdeiros do sócio falecido, ou continuar a sociedade por meio de

representantes. Já nas sociedades de capitais, não gozando de maior importância a pessoa dos sócios, é indiferente a sua morte ou incapacidade.

Demonstrando a importância da figura do sócio, as sociedades de pessoas, salvo exceções, como por exemplo as sociedades limitadas, adotam como nome empresarial a razão social, que implica em responsabilizar os sócios de forma pessoal e ilimitada pelas obrigações da sociedade, enquanto que nas sociedades de capital, utiliza-se a denominação. Além disso, na sociedade de pessoas, o bom relacionamento entre os sócios é imprescindível, em razão da *affectio societatis* (TOMAZETTE, 2012, p. 280).

Sobre a *affectio societatis*, cujas premissas são imprescindíveis aos assuntos abordados no próximo capítulo, sabe-se que é uma expressão lançada por Ulpiano, que implica, em uma tradução literal, na afeição societária, a vontade de contratar e manter-se em sociedade (MAMEDE, 2011, p. 71).

Sobre o tema e sua importância, Rubens Requião (2015, p. 510) leciona que:

Após criticar esse conceito, que pretende identificar *affectio societatis* como uma vontade de colaboração ativa, o Prof. Lagarde prefere dizer que a *affectio societatis* é caracterizada por uma vontade de união e aceitação das áleas comuns.

Esse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos.

Ainda, há quem entenda que a questão atrelada à *affectio societatis* é de menor importância, atualmente, na medida em que somente teria utilidade para o rompimento do vínculo entre os sócios, em razão de desentendimentos, conforme destaca Coelho (2012, p. 302):

A utilidade do conceito de *affectio societatis* é pequena. Serve de referência ao desfazimento do vínculo societário, por desentendimento entre os sócios, no tocante à condução dos negócios sociais, repartição dos sucessos ou responsabilização pelos fracassos da empresa. Quando se diz ter ocorrido a quebra da *affectio*, isso significa que os sócios não estão mais motivados o suficiente para manterem os laços societários que haviam estabelecido.

Finalmente, não se encontra o requisito da *affectio societatis* nas Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada - EIRELI, bem como para os empresários individuais, por razões óbvias.

2.5 FUNÇÃO DA EMPRESA

Neste item, último deste capítulo, o tema a ser tratado diz respeito à empresa, mas sem que isto aplique-se, também, às sociedades simples.

As pessoas jurídicas, no desempenho de suas atividades, possuem funções na sociedade em que inseridas, especialmente as empresas, que tem função econômica e social, cujos aspectos serão vistos a seguir.

2.5.1 Função econômica

A função econômica da empresa será tratada de forma breve, na medida em que tal matéria pertence muito mais às ciências econômicas, do que à jurídica.

Neste item, para análise da função econômica, adota-se o conceito de empresa dado pela teoria neoclássica da econômica, que:

A teoria neoclássica surge na segunda metade do século XIX, fundada nos avanços da matemática e da estatística, e tem como marco inicial a “revolução marginalista”, desenvolvida pelo austríaco Karl Menger, pelo inglês Stanley Jevons e pelo francês Leon Walras. O modelo dos marginalistas faz uso dos conceitos de utilidade e de custos marginais, permitindo entender melhor a atuação das forças de oferta e de demanda. O comportamento dos agentes e a dinâmica do sistema de mercado geram os melhores resultados possíveis. (YAZBEK, 2009, p. 5)

Com base nisso, a teoria neoclássica entende que deve haver uma atenção especial com a produção e distribuição de bens, descentralizando o sistema de preços, tornando a economia harmoniosa e coordenada. Além disso, trata a empresa como um indivíduo. Dessa forma, permite-se um alto controle das informações sobre oferta e demanda, com base na sinalização de preços, incrementando os interesses empresariais na busca pelo lucro (CAVALLI, 2013, p. 151-154).

Analisando a empresa sobre o prisma da economia neoclássica, percebe-se que a empresa tem como função imprescindível a geração de lucros, através da boa oferta e demanda, diante de uma precisa análise e composição de preços.

Com isso, percebe-se um entrelaçamento com os consectários constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, previstos no artigo 170 da Constituição Federal, quando trata dos princípios gerais da atividade econômica.

Dessa forma, a empresa tem a função de agente regulador do mercado e instrumento do desenvolvimento econômico e social, permitindo progressos na sociedade, com a entrega de melhores e maiores bens e serviços, mas sempre com vistas ao lucro, neste sentido: "Para muitos, é difícil entender que a função primordial de uma empresa é gerar lucros e que a geração de lucros, em última análise, é que permite o funcionamento sadio do mercado e o verdadeiro desenvolvimento econômico e "social" (RAMOS, 2014, p. 111).

2.5.2 Função social e solidária

Como visto, a empresa tem por função principal a circulação de bens e serviços, de forma organizada, visando sempre atingir o máximo possível de lucro e, com isso, permitir uma maior oferta destes bens e serviços à sociedade em que inserida, melhorando a vida daqueles que dela dependem direta ou indiretamente.

Entretanto, a empresa tem também outras funções, tão importantes quanto, como é o caso da função social e da função solidária.

A Constituição Federal, trata no artigo 170 dos princípios e fundamentos da ordem econômica, mencionando, entre outros, a justiça social, livre iniciativa e livre concorrência, permitindo ao empresário explorar sua atividade econômica, visando ao lucro, mas sem deixar de lado seu compromisso com a sociedade, como bem pontua Maria Helena Diniz (2018, p. 394): "Pela teoria da função social empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter o poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade".

Com isso, a empresa e a sociedade, por conviverem no mesmo espaço devem observar seus deveres uns com os outros, em razão da constante troca, posto que o território por eles ocupados é público, para que se tenha, ao menos, uma forma justa e equilibrada de convívio:

[...] uma vez que o poder político é sempre coercitivo – apoiado no monopólio que o Estado tem da força legal –, num regime democrático ele é também o poder do público, isto é, o poder dos cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo. Mas, se cada cidadão tem uma mesma parcela de poder político, então, na medida do possível, o poder político deveria ser exercido, pelo menos quando os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estão em discussão, de uma maneira que todos os cidadãos possam endossar publicamente à luz de sua própria razão. (RAWLS, 2003, p. 128)

Assim, a empresa deve ser vista como instrumento de busca pela justiça social, por se tratar de agente propulsor da ordem econômica, em razão exatamente da sua responsabilidade social, consoante a previsão constitucional, conforme elucida-se:

É neste aspecto que enquadra-se a empresa, quando analisada sob o enfoque de sua responsabilidade social e solidária, uma vez que ela é instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas. Dessa forma, justo é que à ela seja reconhecida a sua função social, na medida em que a Constituição da República define que a livre iniciativa deve ter um valor social. (SANTIAGO; SILVA, 2018, p. 365-366)

Percebe-se que a empresa deve sempre buscar, além dos interesses próprios, comerciais, institucionais, preocupar-se com os resultados que sua atividade gera para a sociedade, direta ou indiretamente, sem egoísmos, afastando uma postura individualista, repudiada pela sociedade atual. Neste sentido, define-se a função social da empresa como: "O exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum." (DINIZ, 1998, p. 613).

Com isso, diz-se que uma empresa cumpre sua função social, quando obedece e executa as suas finalidades primárias, pelas quais foi constituída e estruturada, melhorando o desenvolvimento econômico do país. Entretanto, deve, também atentar-se para a realidade social, educacional, cultural do meio em que se encontra, obrigando-se a contribuir com o cumprimento dos direitos e objetivos constitucionais, que, por óbvio, vão além de seu estatuto (PAYAO, SANTIAGO, 2016, p. 1125).

Nota-se a existência de uma preocupação com a empresa e sua função social, por razões óbvias, tanto que a Lei nº 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial e falência, prevê em seu artigo 47 que:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Além disso, a Lei nº 6.404/1976, também menciona a função social da empresa, nos artigos 116, parágrafo único e, artigo 154. Ainda, o projeto de lei nº 1.572/2011, que trata de um novo Código Comercial, prevê como princípio informador do código, no artigo 4º, inciso III, a função social da empresa.

Dessa forma, percebe-se que há um movimento pela valorização da empresa, mas também, há uma maior exigência para que ela atue visando o bem estar da sociedade, preocupando-se, não só com seus interesses privados, mas também com o social, especialmente quanto ao meio-ambiente, saúde e educação, permitindo-se, assim, a realização da justiça social, tal como prevista na Constituição Federal e idealizada por John Rawls, que assim defende:

Todos os valores sociais - liberdade e oportunidade, renda e riqueza, a as bases sociais do autorrespeito - devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos. (2000, p. 75)

Juntamente com a função social, a empresa deve obedecer e exercer a sua função solidária, cujo fundamento reside na solidariedade social, conforme assinalado por Lôbo:

Como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social. (2009, p. 81)

A empresa deve, portanto, na exploração de sua atividade econômica, balizar-se sempre pela probidade, boa-fé, honestidade e cidadania, em razão da influência que exerce na vida das pessoas (SANTIAGO; SILVA, 2018, p. 367), conforme leciona Morin:

A solidariedade anônima do Estado-Providência, com seus dispositivos de segurança e assistências de todas as ordens, é insuficiente. Há necessidade de uma solidariedade concreta e vivenciada, de pessoa para pessoa, de grupos para pessoas, de pessoa para grupos. (...) Não se trata, contudo, de promulgar a solidariedade, mas de liberar a força não empregada das boas vontades e de favorecer as ações de solidariedade. Segundo nossa

concepção do indivíduo-sujeito, todo sujeito humano traz consigo dois quase-*softwares*: um é o da autoafirmação egocêntrica que o Ego-Eu expressa, vital para se alimentar, se defender, se desenvolver; o outro é os *software* do Nós, que inscreve o Eu em uma relação de amor ou de comunidade no seio de sua família, de sua pátria, de seu pertencimento religioso, de seu partido. Nossa civilização superdesenvolveu o primeiro *software* e subdesenvolveu o segundo. Mas este encontra-se apenas adormecido; trata-se de incitá-lo a despertar. (2013, pp. 76-77 apud SANTIAGO; SILVA)

A função solidária da empresa, apesar de ser difícil de se conceituar, em razão de sua abstratividade, pode ser concretizada com ações voltadas à realização da função solidária da empresa, tendo como ponto de partida o ambiente interno, privado da empresa, assegurando a salubridade do ambiente e respeito às normas do meio ambiente do trabalho, bem como cuidando dos familiares dos colaboradores, fornecedores, consumidores e, até mesmo da comunidade em que inserida.

Sobre o assunto, lecionam Manoel de Queiroz Pereira Calças e Simone Bento (2015, p. 28):

A empresa pode agir com responsabilidade solidária direcionando suas ações para seus próprios empregados, como, por exemplo, ensejando boas condições no local de trabalho, conforto, qualidade de material, segurança, salários justos e incentivadores, plano de carreira, treinamento tecnológico, atividades educacionais, culturais e de lazer, contratação de deficientes e idosos. As ações da empresa podem também se dirigir aos familiares de seus empregados, fornecendo clubes para lazer e prática de esportes, creches, escolas, planos de saúde, educação continuada etc. O respeito aos direitos humanos como não exploração de mão-de-obra infantil, não utilização do chamado trabalho escravo, adoção de conduta baseada na igualdade das pessoas, sem levar em conta a diferença de sexo, religião, nacionalidade ou raça.

Assim, para a concretização da função solidária, não basta à empresa, portanto, o cumprimento das obrigações legais; deve ela ter iniciativas voluntárias, preocupação socioambiental, compatibilizando os seus interesses privados, com os interesses sociais.

Conclui-se, finalizando este capítulo, que o exercício de qualquer atividade econômica, para ser legítima, deve obedecer os preceitos constitucionais e as obrigações legais inerentes à ela, mas também, deve pautar-se com estrita observância da sua responsabilidade social e solidária, pois só assim estará em

conformidade com os ditames da justiça social, nos termos do artigo 170 da Constituição da República.

3 DA SOCIEDADE PATRIMONIAL

A conquista de patrimônio é uma das formas mais antigas de avaliação e reconhecimento das capacidades do ser humano, trata-se da recompensa do esforço e trabalho empregados.

É, também, através do patrimônio conquistado que a sociedade valora a participação econômica das pessoas nos sistemas produtivos e as classificam nas escalas sociais.

Atualmente, face às variações e instabilidades no cenário político, econômico, legislativo etc., as pessoas físicas têm demonstrado notória preocupação quanto à segurança do patrimônio pessoal e familiar, tanto no que se refere à sua expropriação quanto à estagnação no desenvolvimento e evolução.

Neste sentido, a sociedade patrimonial apresenta-se como uma medida legal, que visa à evolução de bens e, principalmente, sua proteção, com redução da carga tributária.

Por proteção de bens, deve-se entender a união de mecanismos colocados em prática, com a finalidade de se evitar que os bens sejam expropriados, para satisfação de dívidas; para que sobre eles não recaiam elevadas cargas tributárias; ou, ainda, que sejam destinados aos sucessores de forma menos onerosa, justa e sem intervenção de terceiros interessados na herança.

Para que se alcance o objetivo proposto, a criação de uma sociedade patrimonial, é indispensável planejamento e estudo das tendências, considerando que cada caso apresenta suas peculiaridades próprias.

São primordiais para o sucesso de uma sociedade patrimonial, que existam planejamentos setoriais, tais como, contingencial e preventivo, fiscal e tributário e, sucessório.

O planejamento contingencial está voltado a driblar as ameaças iminentes. Quando praticado ato viciado pela má-fé, este pode ser desconsiderado pelo Poder Judiciário. O planejamento, então, é elaborado frente à determinada questão e objetiva resguardar o patrimônio que está na iminência de ter gravada a indisponibilidade, por arresto, penhora, etc. Com isso, previne-se, não só as ameaças iminentes, mas as possibilidades de perda de patrimônio por outras questões prejudiciais passíveis de ocorrência ao longo dos anos.

Já o planejamento fiscal e tributário, visa reduzir o impacto fiscal sobre a

gestão do patrimônio. Caso típico é o da pessoa física proprietária de bens imóveis. O imposto sobre a renda incidente sobre os aluguéis atinge, muitas vezes, a alíquota máxima de vinte e sete e meio por cento. Entretanto, se os mesmos bens pertencerem a uma pessoa jurídica, a tributação com base no lucro real ou presumido irá representar uma economia tributária significativa.

No que tange ao planejamento sucessório, este caracteriza-se pela transferência dos bens do patrimônio de determinada pessoa física em uma sociedade, por conferência de bens, a fim de evitar o processo de inventário e seu alto custo. Desta forma, os herdeiros não necessitam inventariar bem a bem, sendo que a transferência das ações ou quotas societárias podem ocorrer enquanto a pessoa física incorporadora estiver viva. Pode ser a gestora do patrimônio sem que obrigatoriamente tenha quinhão do capital social. A integralização dos bens imóveis na sociedade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificamente pelo disposto na Constituição Federal e Código Tributário Nacional, está isenta do pagamento do Imposto de Transmissão de Bens *Inter Vivos*, por exemplo.

Dessa forma, a constituição de uma sociedade patrimonial demonstra-se vantajosa àqueles que possuem patrimônio e desejam geri-lo de uma forma mais vantajosa, conforme se demonstrará no decorrer deste capítulo.

3.1 CONCEITO

Inicialmente cumpre esclarecer que este tipo de sociedade é comumente conhecida como *holding* familiar, *holding patrimonial* ou simplesmente *holding*. Entretanto, conforme se verificará no transcorrer deste item e, com todo respeito à doutrina que usa a nomenclatura acima, a designação deste tipo de sociedade como *holding* é incorreto.

A palavra *holding* tem origem inglesa e significa, em uma tradução simples, segurar. Empresarialmente, *holding* diz respeito à empresa que participa e controla outras.

A sociedade *holding* nasceu nos Estados Unidos, na década de 1780, quando na Pensilvânia, havia uma autorização legislativa, para quarenta sociedades, permitindo-as assumir participação no capital de outras. Já em 1888, em Nova Jersey, promulgou-se a primeira lei que autorizava uma sociedade a adquirir as ações de outra. Esta lei incentivou os demais estados americanos, que editaram

outras leis, na medida em que houve um aumento das operações financeiras. Dessa forma, as *holdings* espalharam-se por todo o território americano. Estas empresas, permitiram, então, a criação de companhias satélites, especializadas no provisionamento e na distribuição, sob o controle das empresas industriais (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 142).

Sobre o conceito há uma pequena divergência, na medida em que existe entendimento de que a *holding* tem outras finalidades a não ser a participação em outras sociedades, neste sentido:

To hold, em inglês, traduz-se por segurar, deter, sustentar, entre ideias afins. Holding traduz-se não apenas como ato de segurar, deter etc., mas como domínio. A expressão holding company, ou simplesmente holding, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) **que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis**, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc. Habitualmente, as pessoas mantêm esses bens e direitos em seu patrimônio pessoal. (MAMEDE; MAMEDE, 2018 p. 27) g.n.

Em sentido contrário, afirmando que este tipo de sociedade tem por finalidade precípua a participação em outras:

A importância e utilidade das participações no capital de outras sociedades fizeram surgir a figura da sociedade *holding*, ou sociedade de participação, que visa principalmente a participar do capital de outras sociedades. Elas têm como “característica diferencial e objeto principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiro, em vez do exercício de atividade produtiva ou comercial própria.” (TOMAZETTE, 2012, p. 603)

Neste mesmo sentido:

As sociedades *holdings*, diferentemente daquelas empresas tradicionais, conhecidas como operadoras (que visam à produção ou circulação de bens e serviços) formam grupos societários, o que possibilita, desta forma, o compartilhamento da gerência e do controle. Sua atividade não visa, diretamente, a relação entre fornecedor e consumidor, mas garantir melhor rentabilidade aos sócios e às empresas em que participa. (LODI; LODI, 2011, p. 11-12)

Dessa forma, percebe-se que a *holding* tem como finalidade melhorar os resultados das empresas que participa, perseguindo a valorização das ações, mediante o incremento da rentabilidade do patrimônio, além de não interferir na atividade/rotina diária da empresa controlada, mas somente presta conselhos e organiza as estratégias fundamentais. Por outro lado, as sociedades controladas,

devem conhecer e seus mercados, produtos, objetivos e formas de operar, com o objetivo de realizar as expectativas da controladora.

As *holdings* desempenham o papel essencial para o crescimento de todo o grupo ao qual pertencem, na medida em que, através delas, revelam-se vantagens financeiras, administrativas, legais e societárias. Entretanto, ainda assim existem riscos e desvantagens, como em qualquer atividade empresarial, devendo, portanto, existir uma avaliação, para melhor neutralizá-los, fazendo com que, o papel da holding, de proteção e manutenção do patrimônio do grupo, seja mantido.

Ainda sobre o conceito, apesar das citações acima demonstrarem o real significado de *holding*, a doutrina divide-as em pura, mista, operacional, familiar e imobiliária. Tradicionalmente a divisão era feita somente entre pura e mista, mas é necessário conhecer todas as formas enunciadas doutrinariamente.

A mais comum é a *holding* pura, cuja finalidade é a participação societária em outras sociedades, sem o desenvolvimento de outras atividades econômicas. Este tipo, é o que remete ao conceito clássico, conforme breve esboço histórico acima, na medida em que é um modelo que adota mecanismo de controle de decisão e hierarquia bem definida.

Sobre a *holding* pura:

A *holding* pura, também denominada de *holding* de participação ou patrimonial, é uma sociedade cujo patrimônio é constituído por investimentos em outras sociedades. Geralmente, trata-se de uma empresa controladora da outra. Portanto, seu capital social é formado pela aquisição de outras empresas (através da conferência e integralização de cotas/ações), assim passando a ser sócia delas. Conforme Modesto Carvalhosa, a finalidade da *holding* controladora é participar como acionista majoritária do capital da sociedade filha, mas mantendo a integridade e a estabilidade do colégio acionário e da administração da sociedade controlada. (TOIGO, 2016, p. 98)

Assim, nota-se que o conceito de *holding* pura, confunde-se com o conceito clássico, puro e simples de *holding*.

O segundo tipo, chamada de mista, é a que admite, além da participação societária (tal como a pura), a exploração de outras atividades econômicas. Esta, portanto, pode ser uma sociedade empresária qualquer, com funcionários, estabelecimento, clientes e fornecedores, etc; ou seja, é uma sociedade que explora atividade econômica e, ainda, participa do capital de outras sociedades. No Brasil, é a mais utilizada, por questões fiscais e administrativas (LODI;LODI, 2011, p. 5).

A *holding*, não tem um tratamento legal específico no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a denominada de operacional, a única que tem uma pequena menção na nossa legislação, conforme dispõe o artigo 2º, *caput*, da Lei nº 6.404/1976, que trata das sociedades por ações.

Assim, pode-se conceituar a *holding* operacional, como:

[...] Trata-se da sociedade que tem por objeto qualquer empresa de fim lucrativo, ou seja, aquela constituída com o fim de explorar em seu objeto social atividade financeira, industrial, comercial ou de prestação de serviços, e outros empreendimentos correlatos e que forem necessários ao desenvolvimento de seu(s) objeto(s) social(is) principal(is). (TOIGO, 2016, p. 99)

Há ainda a chama *holding* familiar, é aquela que controla o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, pertencentes ao mesmo grupo familiar, ou seja, ao invés de as pessoas físicas possuírem bens em seus próprios nomes, passam a possuí-los através de uma pessoa jurídica – a controladora patrimonial, que geralmente se constitui na forma de sociedade limitada, que, via de regra, tem a seguinte denominação social: *Empreendimentos ou Participações Ltda* (BERGAMINI, 2003, p. 107).

Sobre este tipo, ressalta-se o esclarecimento:

A chamada holding familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma holding pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se encartar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc. (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p 30)

Com todo respeito à posição doutrinária acima, não parece correto denominar uma sociedade que tem esta finalidade, como *holding*.

Finalmente, antes de justificar a escolha do nome sociedade patrimonial, há de se conceituar a *holding* imobiliária, que é aquela que tem por objetivo ser proprietária de bens imóveis, explorando-os da melhor maneira possível, inclusive mediante locação:

A *holding* imobiliária, também designada como *holding* patrimonial, é aquela que tem por objeto deter e explorar patrimônio imobiliário, tanto para uso pessoal quanto para renda/negócios. As pessoas físicas conferem seus bens para a *holding*, que passa a ser proprietária deles, preservando o patrimônio pessoal e evitando o

condomínio entre os herdeiros, que recebem participações na *holding* e não os bens nela contidos. (TOIGO, 2016, p. 100)

Assim, vistos os tipos mais comuns de *holding* e, com todo respeito aos posicionamentos doutrinários, salvo quando exista efetiva participação societária em outras empresas, uma sociedade não pode ser designada como *holding*.

Dessa forma, a partir do que irá ser abordado adiante, a concentração patrimonial em uma pessoa jurídica, com a finalidade de planejamento sucessório, tributário e proteção patrimonial, não pode receber o prefixo de *holding*, razão pela qual, neste trabalho adota-se a terminologia de sociedade patrimonial, cujo significado tem ampla semelhança com a chamada *holding* imobiliária, na medida em que este tipo de pessoa jurídica não tem participação em outras sociedades, mas apenas concentração patrimonial.

Assim, sociedade patrimonial é aquela em que há a concentração de patrimônio, mas somente bens imóveis, transferidos da pessoa física (sócio), mediante integralização do capital social ou outro tipo de alienação à sociedade, ou por aquisição desta diretamente, com a finalidade de melhor gerir estes bens, alcançando melhores rendas, mediante um planejamento tributário, planejamento sucessório, além de oferecer proteção contra terceiros.

3.2 CONSTITUIÇÃO E VANTAGENS

A constituição de uma sociedade patrimonial, em termos operacionais, não é diferente de qualquer outra sociedade, seja simples, seja empresarial, na medida em que há a elaboração de um contrato social ou estatuto, com seu respectivo registro no órgão competente.

Todavia, na sociedade patrimonial, existem algumas peculiaridades, que decorrem do planejamento sucessório e tributário, uma vez que, eles iniciam-se já na fase constitutiva da sociedade, com a inclusão de cláusulas específicas no contrato/estatuto, bem como no valor do capital social e sua forma de integralização.

Pode-se dizer, assim, que a constituição da sociedade patrimonial tem uma fase preparatória e uma fase executória.

Na fase preparatória, o profissional responsável pelo trabalho (advogado ou contador - o ideal é que sejam ambos), deve ouvir os interessados, quais seus

anseios com a constituição deste tipo de sociedade. Além disso, deve solicitar documentos para análise, tais como certidão de casamento dos possíveis sócios, declaração de imposto de renda da pessoa física, certidão negativa de débitos, matrícula atualizada dos imóveis que serão integralizados.

Com estes documentos em mãos, o profissional deve fazer uma análise minuciosa e, após suas conclusões, apresentar um relatório pormenorizado aos interessados, indicando o tipo de sociedade a ser constituída (simples ou empresária), qual o melhor tipo societário (limitada, por ações, etc.), o regime tributário, além das implicações no que tange ao regime de bens e à sucessão.

De tudo, deve existir um relatório assinado pelas partes.

Após todo esse processo, passa-se então, à legalização da constituição da sociedade, com a elaboração e registro de seu ato constitutivo, no respectivo órgão de registro.

Com esse panorama geral, é possível identificar/sugerir quais as melhores escolhas para a sociedade patrimonial.

Quanto ao tipo de sociedade a ser escolhido, se simples ou empresarial, fazendo referência ao que foi estudado nos capítulos anteriores, a escolha deve ser muito bem analisada, diante das peculiaridades de cada um deles, neste sentido:

Constitui uma decisão importante a eleição da natureza jurídica que se atribuirá à sociedade, bem como o respectivo tipo societário. Importante por que à ampla gama de alternativas corresponde um leque diverso de possibilidades. O especialista (operador jurídico, contabilista, administrador de empresa) deverá focar-se nas características da(s) atividade(s) comercial(is) titularizada(s) e, até, nas características da própria família para, assim, identificar qual é o tipo societário que melhor se amoldará ao caso dado em concreto. Diversas questões devem ser pesadas. Um exemplo claro é a eventual existência de atos operacionais de qual quer natureza, determinando riscos de prejuízos. Se a sociedade só é titular de patrimônio, material e/ou imaterial (incluindo títulos societários), não assumirá obrigações e, assim, não será indispensável recorrer a um tipo societário que preveja limite de responsabilidade entre as obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios. Em oposição, se a sociedade for assumir obrigações, havendo risco de não suportar, melhor será adotar um tipo societário em que os sócios não tenham responsabilidade subsidiária pelas obrigações sociais, ou seja, a sociedade limitada ou a sociedade anônima. (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 125-126) (sic)

Assim, a análise e discussão deve focar-se na atividade a ser exercida pela sociedade patrimonial que, se tiver objetivo exclusivo de somente administrar os

bens imóveis que a integram, sem o exercício de outra atividade econômica profissionalmente organizada, com a intenção de gerar lucros, como por exemplo, a incorporação imobiliária, deverá adotar a forma de sociedade simples.

Por outro lado, se a sociedade patrimonial, além da gestão do patrimônio imobiliário a ela transferido pela integralização dos bens dos sócios, tiver como objeto a exploração de outra atividade econômica, então a escolha pelo tipo empresarial é a mais adequada.

Nota-se que, na elaboração do ato constitutivo, ao definir-se o objeto social, com a indicação do respectivo CNAE (classificação nacional de atividades econômicas), deve-se especificar corretamente o objetivo da empresa, sendo que, para as constituídas na forma de sociedade simples, recomenda-se a adoção do CNAE 6810-2/02, referente à administração de bens imóveis próprios; e para as constituídas como sociedades empresárias, além do CNAE acima, outro referente à atividade a ser explorada.

Quanto ao tipo societário a ser escolhido, se a sociedade constituir-se sob a forma simples, há a opção de eleger-se os tipos de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e sociedade limitada. Já se empresária, poderá adotar a forma de limitada, por ações ou comandita por ações.

Sobre as escolhas, a doutrina assim dispõe:

Como visto nos capítulos inaugurais, não corresponde à holding um tipo específico de sociedade, nem uma natureza específica, observação essa que alcança as holdings familiares. Portanto, a holding familiar é caracterizada essencialmente pela sua função, pelo seu objetivo, e não pela natureza jurídica ou pelo tipo societário. Pode ser uma sociedade contratual ou estatutária, pode ser uma sociedade simples ou empresária. Ademais, pode adotar todas as formas (ou tipos) de sociedades estudadas no Capítulo 1: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima ou sociedade em comandita por ações. Só não poderá ser uma sociedade cooperativa, já que esse tipo societário atende às características essenciais do movimento cooperativo mundial, não se compatibilizando com a ideia de uma holding familiar. (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 125) (SIC)

Quanto ao tipo societário, ressalta-se que o mais adotado é o da sociedade limitada, que pode ser utilizado tanto na sociedade simples, quanto na empresária. Além disso, em algumas hipóteses, a adoção pela forma de sociedade por ações revela-se interessante, mas neste caso, a sociedade, obrigatoriamente, será empresária.

Sobre a escolha do tipo e sua importância:

A escolha do tipo deverá levar em conta inúmeros fatores, como a responsabilização dos sócios com as obrigações da sociedade (no caso da sociedade limitada, o sócio responderá até o limite do valor do capital social que subscreveu. Naquelas por ações, responderá de acordo com o valor das ações que detêm), questões tributárias, questões procedimentais (os artigos 80 e 81 da Lei 6.404/76 preveem uma série de requisitos preliminares para que uma sociedade anônima constituída, como subscrição por pelo menos duas pessoas; realização de no mínimo 10% do valor das ações e depósito no Banco do Brasil ou em qualquer outro estabelecimento autorizado pela CVM) e questões que levam em conta o *affectio societatis*. (NOLASCO, 2010, p.84)

Por não ser o objetivo deste trabalho o estudo dos tipos societários, não haverá aprofundamento no tema, mas apenas uma breve análise sobre as sociedades limitadas e as sociedades por ações.

A sociedade limitada apresenta duas características marcantes, a limitação da responsabilidade dos sócios e a contratualidade. A primeira característica assegura ao sócio responsabilidade limitada, por débitos da sociedade, até o limite do capital social, desde que devidamente integralizado. A segunda, diz respeito à vontade dos sócios (COELHO, 2016, p. 90).

A sociedade limitada pode ser pluripessoal ou unipessoal, como é o caso da empresa individual de responsabilidade limitada. A limitada está disciplinada no Código Civil e pode adotar supletivamente as regras da sociedade por ações.

Este tipo de sociedade, geralmente, é considerado como sociedade de pessoas, além disso, impera a *affectio societatis*, na medida em que é o vínculo pessoal dos sócios que motiva a sua criação. Pode ser simples ou empresarial e adotam como nome empresarial firma ou denominação.

As sociedades por ações, por sua vez, são estatutárias, pois regidas por um estatuto, diferenciando-se das limitadas que tem contrato social e, são obrigatoriamente empresariais e só podem adotar como nome empresarial a denominação.

É um tipo de sociedade de capital, pois o que importa é a contribuição pecuniária de cada sócio, pouco importando as suas características pessoais e, por este motivo, ela demanda uma maior transparência em seus atos, razão pela qual tem um custo de manutenção mais elevado, diante da publicação de vários atos sociais (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 132).

A responsabilidade dos sócios é limitada ao valor do preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Vistas estas peculiaridades, resta tratar especificamente do ato constitutivo de uma sociedade patrimonial e, como a sociedade limitada é a escolhida na grande maioria dos casos, o estudo será voltado ao contrato social.

O contrato social de uma sociedade patrimonial, sob o tipo de limitada, além dos requisitos previstos no artigo 997 do Código Civil, deverá conter algumas especificidades, tal como já tratado, a questão do objeto social e seu respectivo CNAE, versando sobre a administração de bens imóveis próprios.

Além disso, é essencial ao bom planejamento sucessório e tributário, que no contrato social conste a subscrição e integralização de quotas com os bens imóveis pertencentes aos sócios. Este assunto, pela sua importância será visto com maior profundidade, logo a seguir.

Outra cláusula que importa à uma sociedade patrimonial é a que se refere à alienação das quotas, bem como a sucessão em caso de morte, em razão da *affectio societatis*.

Sobre a integralização de bens, conforme alertado, existem algumas peculiaridades que merecem destaque.

Primeiramente, o Código Civil permite que o capital social subscrito seja integralizado com bens do sócio, nos termos do artigo 997, inciso III. O valor dos bens deve corresponder ao mesmo valor constante da declaração de imposto de renda pessoa física do sócio, para evitar a tributação do lucro imobiliário, conforme autorização legal constante no artigo 142, do Decreto nº 9.580/2018.

Com o arquivamento do contrato social na Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, emitir-se-á uma certidão do registro, que valera como instrumento para a regularização do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do artigo 64, da Lei nº 8.934/94. Neste sentido:

Destaque-se que, sendo ofertados e aceitos bens imóveis para a integralização de ações subscritas e, assim, passando a formar o capital social, sua incorporação à companhia não exige escritura pública (artigo 89 da Lei 6.404/76). A ata na qual se deliberou a incorporação do bem poderá ser levada ao Registro de Imóveis, certo que a certidão dos atos constitutivos da companhia, passada pelo registro do comércio em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social (artigo 98, § 2º, da Lei 6.404/76). Exige-se, contudo, que a ata da assembleia geral que aprovar a

incorporação identifique, com precisão, o bem a ser incorporado, embora possa descrevê-lo sumariamente, desde que seja suplementada por declaração, assinada pelo subscritor, contendo todos os elementos necessários para a transcrição no registro público (§ 3o do artigo 98). (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 139)

Pela literalidade do artigo 64, da Lei nº 8.934/94, somente o registro na Junta Comercial permitiria a dispensa de escritura pública, todavia a jurisprudência já se manifestou quanto ao tema, relativamente às sociedades simples e registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, dispensando, também, a exigência de escritura para a integralização dos bens imóveis:

REGISTRO DE IMÓVEIS – Conferência de bens – Bens transferidos pelos sócios para sociedade simples limitada – Óbice ao registro pela não formalização da transferência dos imóveis por escritura – Sentença de procedência da dúvida – Reforma da decisão – Sociedade simples limitada que é regida pelas normas aplicáveis às sociedades empresárias limitadas (arts. 983 e 1.150 do CC)– Certidão de alteração de sociedade simples limitada, passada pelo Registro Civil da Pessoa Jurídica, que constitui documento hábil para a transferência de bens imóveis – Inteligência dos artigos 983, 1.150, do CC, e 64, da Lei n.º 8.934/94 – Recurso provido para julgar improcedente a dúvida.
(TJ-SP - APL: 10368922320168260100 SP 1036892-23.2016.8.26.0100, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 02/02/2017, Conselho Superior de Magistratura, Data de Publicação: 14/02/2017).

Extrai-se do acórdão acima algumas passagens elucidativas:

[...] A questão é saber se uma sociedade simples, que adota o modelo da sociedade limitada, pode obter a transferência da propriedade de imóvel utilizado para a formação ou aumento de capital social, apresentando a registro certidão expedida pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas. E a resposta é positiva. [...] Nem se argumente que o arquivamento dos atos da sociedade simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e não na Junta Comercial, impede a pretensão dos requerentes. Isso porque o Registro Civil das Pessoas Jurídicas está para as sociedades simples, assim como a Junta Comercial para as sociedades empresárias. Não se 1 Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. [...] Ademais, parece excessivamente burocrático exigir que para um ato de conferência de bens, o sócio tenha que: a) registrar o instrumento particular no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; b) lavrar escritura em um Cartório de Notas; e c) registrar esta última no Registro de Imóveis. São três cartórios diversos para regularizar uma única situação. Desse modo, a aceitação da certidão passada pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas como título para a transferência imobiliária, além de

encontrar guarida em nossa legislação, simplifica o procedimento a ser seguido pelo interessado.

Dessa forma e, de acordo com o exposto no acórdão acima, não há dúvidas de que é dispensada a exigência de escritura pública para o registro da transferência dos bens imóveis integralizados em sociedade simples.

Ainda sobre a integralização de bens, se o sócio que transfere o bem à sociedade for casado, deve haver a outorga conjugal, salvo se o regime de casamento for o da separação absoluta de bens, nos termos do artigo 1.647, inciso I do Código Civil.

Em linhas gerais, este é o procedimento para a integralização do capital social com imóveis do sócio.

Uma questão que chama a atenção é a do momento da transferência, o que pode caracterizar fraude à execução ou fraude contra credor, colocando em risco todo o planejamento e a finalidade da sociedade patrimonial. Todavia, por questão didática, este assunto será tratado quando do item 3.5 deste capítulo, dedicado à proteção patrimonial.

Finalmente, cumpre apontar as vantagens em se constituir uma sociedade patrimonial, elencando, dentre elas, nas palavras de Daille Costa Toigo (2016, p. 96-97):

Resumidamente, podemos dizer que atualmente a existência da *holding* tem as seguintes finalidades e benefícios:

- a) manutenção do patrimônio, pois mitiga a possibilidade de ingerência de herdeiros e sucessores dos sócios, e de seus respectivos ex-cônjuges e ex-companheiros; minimiza eventuais reflexos de alteração patrimonial os sócios ou riscos pessoais em relação às sociedades operacionais, e/ou eventuais riscos de operação em relação aos sócios; e, ainda, promove a segregação do patrimônio (ativos e atividades);
- b) garante a constante participação e controle acionário das empresas para um acionista ou grupo de acionistas - como concentração de voto, normatização do relacionamento entre sócios etc.;
- c) favorece a sucessão;
- d) facilita o processo de administração do grupo (cria um ambiente de relacionamento intrafamiliar distante da operação da própria sociedade) através de uma sociedade de comando e da capacidade de investimento (poder econômico), visto que acomodará o patrimônio de toda a família e seus membros;
- e) produz economia fiscal, dentro da legislação vigente.

Dessa forma e, de acordo com a opinião doutrinária acima, uma sociedade patrimonial devidamente planejada, organizada e executada, oferece vantagens interessantes aos sócios.

3.3 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Como visto ao final do item anterior, deste capítulo, uma das vantagens na constituição de uma sociedade patrimonial, consiste na economia fiscal que a concentração e gestão do patrimônio em uma pessoa jurídica pode gerar, principalmente pelo regime de tributação do imposto de renda, que na pessoa jurídica pode ser dar na forma do simples, lucro arbitrado, pelo lucro presumido ou pelo lucro real.

Entretanto, esta economia fiscal só é alcançada em razão de um bom planejamento tributário, que nada mais é do que uma ação do contribuinte, pelo uso de instrumentos legalmente dispostos, que harmoniza transações futuras com a finalidade de excluir, minimizar ou adiar o pagamento de tributos.

Sobre o planejamento tributário:

[...] planejamento tributário é a técnica de organização preventiva de negócios, visando uma legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos posteriormente praticados. Esta economia de tributos pode ser total ou parcial, reduzindo-se a carga tributária incidente sobre os negócios jurídicos celebrados ou diferindo-a no espaço durante o ciclo operacional. (RIBEIRO; BASSOLI, 2004, p. 555)

Assim, o planejamento tributário é uma maneira legal/lícita de diminuir a carga tributária incidente sobre determinada relação e, demanda um estudo aprimorado e execução estratégica de atos de gestão, encontrando-se alternativas menos onerosas ao contribuinte.

Ainda sobre este tema:

[...] denomina-se planejamento fiscal ou tributário *latu sensu* a análise do conjunto de atividades atuais ou dos projetos de atividades econômico-financeiras do contribuinte (pessoa física ou jurídica), em relação ao seu conjunto de obrigações fiscais com o escopo de organizar suas finanças, seus bens, negócios, rendas e demais atividades com repercussões tributárias, de modo que venham a sofrer o menor ônus fiscal possível. (MARINS, 2002, p. 33) (sic)

Entendido o que significa planejamento tributário, resta elencar como ele se aplica à sociedade patrimonial.

Como visto, neste tipo de sociedade, há a transferência de bens imóveis dos sócios para a pessoa jurídica, mediante a integralização das quotas sociais e, esta transferência, por ser onerosa e versar sobre imóvel, entre vivos, atrai a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, previsto no artigo 156, inciso II, da Constituição Federal.

Todavia, pelo fato destes bens imóveis serem transmitidos em integralização de capital social, há uma imunidade tributária, prevista no artigo 156, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Federal:

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Note que a imunidade não se aplica se a atividade preponderante for a locação de bens ou arrendamento mercantil. Todavia, sobre este assunto, o artigo 37 e seus parágrafos do Código Tributário Nacional, disciplina o que vem a ser atividade preponderante:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subseqüentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante. (SIC)

Dessa forma, para um bom planejamento tributário e economia com o ITBI, é necessário que a renda de aluguel ou arrendamento mercantil dos bens integralizados não supere cinquenta por cento da receita operacional da sociedade patrimonial.

Por óbvio que, se a intenção dos sócios ao constituírem uma sociedade patrimonial for de redução exclusiva da tributação sobre a renda, oriunda de aluguel, haverá a incidência do ITBI e, é por isso que o planejamento tributário é essencial, neste sentido:

É preciso compreender a realidade vivida pela empresa e seus sócios (família) para aferir se a constituição de uma holding é uma vantagem. Em muitos casos, simplesmente não é. (...) A holding pode se tornar um polo para a consolidação de posturas uniformes, definidas em conformidade com as melhores práticas tributárias, não só visando a economia no recolhimento de impostos, taxas e contribuições, mas também evitando a verificação de erros e os respectivos prejuízos que podem causar ao caixa. (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 122)

Outro imposto que tem regime tributário mais vantajoso na pessoa jurídica, em relação à física, é o imposto de renda, na medida em que a pessoa física adota regime único de tributação da renda, cuja alíquota é variável de zero à vinte e sete e meio por cento, sobre a renda auferida no ano, enquanto que a pessoa jurídica pode ser tributada pelo simples, lucro, arbitrado, lucro presumido ou lucro real, conforme o caso.

Para o presente estudo, importa a análise da forma de tributação da renda da pessoa jurídica pelo lucro presumido, na medida em que é este o que melhor amolda-se à tributação da sociedade patrimonial.

Via de regra, a opção pelo regime tributário do Simples Nacional está vedada à sociedade patrimonial, administradora de bens próprios. Todavia, há uma única exceção, que ocorre quando a sociedade tiver como objeto social a compra e venda de imóveis, somente. Além disso, não pode ter renda oriunda de aluguéis, nos termos do artigo 17, inciso XV, da Lei Complementar nº 123/2006.

Sobre o lucro presumido, previsto na Lei nº 9.430/1996, como o próprio nome diz, presume-se o percentual de lucro da pessoa jurídica, definindo as alíquotas a serem aplicadas sobre o faturamento. A pessoa jurídica, para enquadrar-se neste regime, deve ter receita bruta total, no ano-calendário anterior, igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e

quinhentos mil reais), multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, não exerçam atividades de instituição financeira, bem como não auferirem rendimentos vindos do exterior podem aderir ao sistema.

Sua base de cálculo é composta pela receita bruta, outras receitas e ganhos de capital e alíquota é de vinte por cento.

No tocante à sociedade patrimonial, cujo objeto é a administração de bens imóveis próprios, a alíquota de 15% é aplicada sobre a base de cálculo correspondente 32% da receita bruta, cujo resultado final tributário corresponde à uma alíquota de 4,80%. A mesma operação é realizada para a tributação da Contribuição sobre o Lucro Líquido, cuja alíquota é de 9%, aplicada sobre a base de cálculo correspondente à 32% da receita bruta, atingindo custo tributário final de 2,88%.

Incide ainda o PIS e a COFINS, cujas bases de cálculo são de 100% sobre o faturamento, com alíquotas de 0,65% e 3%, respectivamente.

Assim, o custo tributário final de uma sociedade patrimonial, administradora de bens imóveis próprios, tributada pelo lucro presumido, é de 11,33%, alíquota esta que se mostra muito mais vantajosa à tabela progressiva aplicada à pessoa física.

Outra vantagem tributária que a sociedade patrimonial confere aos sócios, diz respeito ao Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD, cujo fato gerador é a transferência de bens do *de cuius* aos seus sucessores ou a doação.

Por se tratar de um tributo de competência estadual, cada Estado da federação estipula a alíquota aplicável, cujas máximas são definidas pelo Senado Federal, nos termos do artigo 155, parágrafo 1º, inciso IV da Constituição Federal, atualmente no patamar de 8%. A base de cálculo, via de regra, é o valor venal do imóvel, correspondente ao valor fixado para o lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, se urbano e, se rural o valor utilizado para o cálculo do Imposto Territorial Rural.

No caso da sociedade patrimonial, com a morte do sócio, não haverá a incidência do ITCMD sobre os seus imóveis, uma vez que estes foram integralizados na pessoa jurídica. Haverá a tributação pelo ITCMD apenas sobre as quotas sociais, pelo seu valor nominal.

Além disso, há vantagens tributárias relativas ao processo de inventário, na medida em que a base de cálculo para o pagamento das custas processuais, se

judicial, ou dos emolumentos, se extrajudicial, corresponde ao valor dos bens transmitidos e, como não haverá bens imóveis, a tendência é que estes valores sejam menores, comprovando a economia desejada pelo planejamento tributário.

Sobre o ITCMD, haverá nova abordagem no item a seguir, quando da discussão da doação das quotas, no planejamento sucessório.

Dessa forma e, comparando-se a tributação da renda da pessoa física com a pessoa jurídica tributada pelo lucro presumido, como é o caso da sociedade patrimonial, não resta dúvida de que esta é vantajosa em relação àquela, justificando a existência deste tipo de sociedade.

3.4 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Desde o nascimento da pessoa natural, o único fato certo de toda a sua existência é a morte e, com ela, abre-se a sucessão de seus bens, caso existam, transmitindo-se a posse aos herdeiros, conforme o princípio da *saisine* e artigo 1.784 do Código Civil.

O Código Civil prevê, no Livro V, o Direito das Sucessões, que regula a forma pela qual o patrimônio de uma pessoa morta transmite-se aos seus herdeiros, bem como quem são eles e quais seus direitos.

Sobre este assunto:

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.

A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista.

No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.

A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou de *cujus*. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário.

Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão

prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste. (ASCENSÃO, 2000, p. 13)

A sucessão pode ocorrer por duas formas, pela disposição de última vontade (testamento), ou de acordo com a lei (sucessão legítima), nos termos do artigo 1.786 do Código Civil. Mas independente da forma, o certo é que com a morte haverá a transferência dos bens deixados pelo *de cuius* aos herdeiros.

A sucessão legítima é aquela em que a herança é transmitida aos herdeiros legítimos, previstos no artigo 1.829 do Código Civil, respeitando-se a ordem ali estabelecida. Há uma presunção de vontade do *de cuius*, feita pela lei, em razão da falta de testamento. Já a sucessão testamentária é aquela que decorre de ato de última vontade do morto, que dispõe da parte disponível de sua herança, podendo outorgá-la a qualquer pessoa, salvo aquelas previstas no artigo 1.801 do Código Civil, inclusive os herdeiros necessários (GONÇALVES, 2014, p. 30-31).

Outro conceito importante ao presente estudo é o da legítima, previsto no artigo 1.846, que diz respeito à metade dos bens da herança, percentual este que o *de cuius* não pode dispor, enquanto vivo, se tiver herdeiros necessários. Neste sentido:

A *legítima* representa a parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos *herdeiros necessários*, com clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio. Cuida-se de uma garantia elementar de ordem patrimonial estabelecida em favor de um núcleo familiar básico, arrefecendo a dimensão absoluta da livre disposição do direito de propriedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 60)

Quanto aos herdeiros, os legítimos são aqueles definidos em lei e com ordem de vocação ao recebimento da herança, nos termos do artigo 1.829 do Código Civil. Somente são herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme previsto no artigo 1.845 do mesmo código.

Já os testamentários são aqueles contemplados em ato de disposição de última vontade, deixado pelo autor da herança.

Sobre o procedimento da sucessão, em razão da morte, este ocorre por inventário, judicial ou extrajudicial, ou através de um arrolamento.

Estes, em linhas brandas, são os aspectos gerais da sucessão por morte que interessam ao presente estudo.

No tocante ao planejamento da sucessão, pois como dito no início deste item, o único fato certo na vida é a morte e, planejar a transmissão da herança mostra-se vantajoso, uma vez que o fim da vida de um ente familiar causa prejuízos

emocionais aos seus herdeiros e, pode causar, também, prejuízos materiais pela perda de patrimônio, em razão das regras comuns de sucessão, conforme elucidada Mamede e Mamede:

Trabalhar com a ideia da própria morte não é agradável. Ainda assim, a história está repleta de exemplos de homens e de mulheres especiais, cujo caráter ativo e vencedor não se fez perceber apenas pelo que construíram em vida, mas pela capacidade de constituir um legado: sua presença e sua excelência se fizeram sentir por muitos anos, por vezes décadas ou séculos, após a sua morte. Há algo de comum entre esses homens e mulheres: eles não recusaram encarar a ideia de seu fim, mas assumiram-na e conviveram com ela. Por um lado, a certeza de um limite para seus dias lhes ofereceu uma medida e, assim, assinalou as demandas e, eventualmente, a urgência com que deveriam estruturar seus planos e concretizá-los, incluindo seu direito de usufruir as vantagens decorrentes de suas vitórias. Por outro lado, a consideração do próprio fim, mesmo quando não se tem a mínima ideia de quando isso acontecerá, é uma vantagem incontestável para aqueles que se preocupam com a preservação de seu trabalho. A verdade nua e crua é simples: com a morte, os bens são transferidos para os herdeiros. Essa transferência habitualmente se faz sem qualquer planejamento, do que pode resultar uma desordem que cobra o seu preço. (2018, p. 111-112).

Geralmente, o patrimônio de uma família é conquistado, construído e gerido pelo patriarca ou matriarca, sendo que os herdeiros apenas usufruem dele, sem a participação na sua administração. Os herdeiros, enquanto agentes passivos nesta relação, não tem consciência, muito menos preocupações relativas aos bens que o compõem.

Com a morte do patriarca ou matriarca, este patrimônio conquistado será partilhado entre os herdeiros, momento em que, não raras as vezes, disputas familiares acontecem, colocando em risco tudo aquilo que foi até então conquistado, sem falar nos custos, tempo e burocracia que um processo de inventário traz. Assim, o planejamento sucessório, mediante a constituição de uma sociedade patrimonial, evita estes fatos. Neste sentido:

Mesmo quando não se está diante dos riscos de disputas entre os herdeiros ou de uma possível incapacidade para gerir eficazmente o patrimônio e os negócios da família, o evento morte, por si só, oferece incontáveis desafios que podem ser, senão evitados, simplificados quando a família recorre a um planejamento prévio. Não se pode esquecer que a morte lança os herdeiros e o patrimônio familiar nas teias burocráticas dos procedimentos de inventário, os quais, por mais competentes que sejam os advogados, podem ser desenrolar por um longo período. Some-se a incidência de tributos que, infelizmente, podem se elevar quando as pessoas agem de forma improvisada. Em muitos casos, a falta de planejamento faz

com que sejam praticados diferentes atos, muitos deles considerados hipóteses de incidência tributária, o que conduz à obrigação de pagar mais e mais tributos quando, em oposição, o planejamento pode definir, de forma lícita e legítima, caminhos com menor oneração fiscal. (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 118-119)

Dessa forma, o planejamento sucessório consiste em constituir uma sociedade patrimonial, transferindo os bens imóveis para a pessoa jurídica, em forma de integralização do capital social, tendo como sócios o patriarca e/ou a matriarca, juntamente com seus herdeiros necessários, em uma ou várias pessoas jurídicas, respeitando-se o quinhão hereditário de cada um dos herdeiros. Sobre o assunto:

O escopo do planejamento sucessório é estruturar o patrimônio familiar apenas para evitar disputas futuras, promover a perpetuação, mas também para protegê-lo e garantir melhor inteligência fiscal e conseqüentemente economia tributária. A análise é casuística, pois cada família tem uma estrutura única e ativos e, próprios, desde imóveis até produtos financeiros, embarcações. (TOIGO, 2016, p.93)

Transferidos os bens e, definitivamente constituída a pessoa jurídica, com a morte do patriarca/matriarca, ou seja, do autor da herança, aqueles bens que seriam transmitidos aos herdeiros, em conformidade com o direito das sucessões, previsto no Código Civil, mediante um processo de inventário, já não mais serão, na medida em que estes, agora, pertencem à pessoa jurídica - sociedade patrimonial, e não mais à pessoa física.

Neste caso, haverá a sucessão apenas das quotas sociais pertencentes ao sócio morto. Todavia, é possível evitar até mesmo a sucessão por morte das quotas, mediante a doação das mesmas, com reserva de usufruto ao doador, ocasião em que, complementando a informação trazida no item anterior, quanto ao ITCMD, haverá sua incidência somente sobre o valor das quotas e não sobre o valor efetivo dos bens, corroborando o planejamento tributário.

Sobre este tema vale destacar a contribuição de Daiille Costa Toigo:

Por intermédio da sucessão de cotas/ações da empresa, também fica facilitado o processo sucessório, isto porque, após a retirar o quinhão dos herdeiros necessários, conforme o desejo do sócio/acionista (autor da herança), as cotas/ações remanescentes poderão ser distribuídas mediante testamento, doação antecipada da legítima ou doação com reserva de usufruto, o que nos faz deduzir que a partilha do patrimônio é feita por meio da sucessão das cotas sociais da empresa.

Dessa forma, conforme se denota, escapa-se de maiores gastos e aborrecimentos causados pelo processo de inventário, já que, ocorrendo a transmissão dos bens por intermédio da sucessão de cotas/ações, o inventário será mais rápido e menos dispendioso. (2016, p 88-89)

Corroborando o entendimento:

[...] No caso de empresas familiares, é possível ao patriarca ou matriarca doar a seus herdeiros, como antecipação de legítima ou não, a nua-propriedade de bens móveis, consubstanciados quer seja em ações ou em cotas de sociedades operacionais, ou de holdings, puras, mistas, imobiliárias ou patrimoniais, reservando-se o usufruto total e vitalício. (PRADO, 2011, p. 284)

Pode-se dizer, assim, que o efetivo planejamento sucessório, pela constituição de uma sociedade patrimonial só estará completo com a doação das quotas sociais do patriarca/matriarca aos seus herdeiros, sócios na pessoa jurídica.

Além desta vantagem, há ainda a questão da divisão pacífica do patrimônio, realizada ainda em vida pelo, até então, titular dos bens imóveis, evitando-se os conflitos familiares e disputas judiciais, mantendo-se íntegro o núcleo familiar, neste sentido:

Enfim, não há como evitar ou prever a morte, mas é possível garantir a segurança patrimonial e financeira da família. O planejamento sucessório também permite divisão justa de bens e reduz custos, bem como evita eventuais dissabores entre os herdeiros. (TOIGO, 2016, p. 89)

Dessa forma, o planejamento sucessório, assim como o tributário, pela constituição de uma sociedade patrimonial, mostra-se vantajoso aos envolvidos, se comparado ao regime de sucessões previsto no Código Civil.

3.5 PROTEÇÃO PATRIMONIAL

A constituição de uma sociedade patrimonial confere aos sócios, além das vantagens tributárias e sucessórias acima indicadas, também, uma proteção ao patrimônio incorporado à pessoa jurídica.

Ressalta-se que, diferentemente do que alguns apontam, a transferência do patrimônio da pessoa natural (sócio), para a pessoa jurídica (sociedade patrimonial), não concretiza "blindagem patrimonial", uma vez que esta inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive diante da desconsideração da personalidade jurídica, a ser estudada no próximo capítulo. Todavia, esta operação,

se bem planejada, confere uma maior proteção ao patrimônio e segurança aos sócios e sociedade.

A proteção patrimonial, mediante a constituição de uma sociedade patrimonial, começa com a integralização das quotas sociais com os bens imóveis, transferindo-os da pessoa natural para a pessoa jurídica, conforme visto no item 3.2 deste capítulo. Entretanto, é necessário tomar cuidado com algumas situações, para evitar a ocorrência de fraudes, especificamente a fraude contra credores e a fraude à execução.

3.5.1 Fraude contra credores e fraude à execução

Este assunto já poderia ter sido estudado anteriormente, mas por uma questão didática, amolda-se melhor neste item do trabalho.

A fraude contra credores pode ser conceituada como:

[...], também chamada de fraude pauliana, prevista no art. 158 e ss. do CC, tem por objetivo a defesa e preservação dos direitos e interesses de todos os credores quirografários, mas, para que seja reconhecida, necessita do ajuizamento de uma ação específica visando, o pronunciamento judicial fundado no art. 487 do CPC/15, ou seja, sentença de mérito que a reconheça, decretando, conseqüentemente, o vício do negócio jurídico, em virtude de o ato ter sido praticado fraudulentamente. (BRUSCHI, 2016, p. 69)

A fraude contra credores ocorre, então, quando o devedor, tentando prejudicar seus credores, faz disposição patrimonial, diminuindo ou esvaziando o seu patrimônio. Esta conduta do devedor, tem o propósito de impor ao credor mais prejuízos, impedindo-o de receber seu crédito (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 560-561).

Esta fraude material, é formada pela presença de dois requisitos, o conluio fraudulento e o prejuízo causado ao devedor, cujas expressões em latim são: *consilium fraudis* e *eventus damni*. Sobre estes requisitos a doutrina assim dispõe:

[...] na fraude contra credores, em regra, há um elemento objetivo, formado pela atuação prejudicial do devedor e de terceiro, bem como um elemento subjetivo, volitivo, a intenção de prejudicar os credores do primeiro (*consilium fraudis*). [...] Para que o negócio seja anulado, portanto e em regra, necessária a presença da colusão, conluio fraudulento entre aquele que dispõe o bem e aquele que o adquire. O prejuízo causado ao credor (*eventus damni*) também é apontado como elemento objetivo da fraude. Não havendo tais requisitos, não há que se falar em anulabilidade do ato celebrado, para os casos de

negócios onerosos, como na compra e venda efetivada com objetivo de prejudicar eventuais credores.

Entretanto, para os casos de disposição gratuita de bens, ou de remissão de dívidas (perdão de dívidas), o art. 158 do CC/2002 dispensa a presença do elemento subjetivo (*consilium fraudis*), bastando o evento danoso ao credor. Isso porque o dispositivo em comento prevê que, nesses casos, tais negócios podem ser anulados ainda quando o adquirente ignore o estado de insolvência. (TARTUCE, 2014, p. 337)

A fraude contra credores está disciplinada no Código Civil, nos artigos 158 a 165. Como visto antes, são requisitos caracterizadores da fraude, a presença do conluio fraudulento e do evento danoso - prejuízo. A ação adequada ao combate da fraude contra credores é a ação pauliana, cuja causa de pedir deve contemplar além destes requisitos, outros legalmente dispostos. Neste sentido Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 501-502):

Os fundamentos da referida ação (causas de pedir), à luz do Novo Código Civil, são as seguintes:

- a) *negócios de transmissão gratuita de bens — art. 158, “caput” (doação, v. g.);*
- b) *remissão de dívidas — art. 158, “caput” (o devedor insolvente perdoa dívida de terceiro, v. g.);*
- c) *contratos onerosos do devedor insolvente, em duas hipóteses (art. 159):*
 — *quando a insolvência for notória;*
 — *quando houver motivo para ser conhecida do outro contratante (a pessoa que adquire o bem do devedor é um parente próximo, que deveria presumir o seu estado de insolvência);*
- d) *antecipação de pagamento feita a um dos credores quirografários, em detrimento dos demais — art. 162 (neste caso, a ação é proposta também contra o beneficiário do pagamento da dívida não vencida, que fica obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu);*
- e) *outorga de garantia de dívida dada a um dos credores, em detrimento dos demais — art. 163 (firma-se, aqui, uma “presunção de fraude”. É o caso da constituição de hipoteca sobre bem do devedor insolvente, em benefício de um dos credores).*

Assim, tem-se que a fraude contra credores caracteriza-se pela presença do conluio fraudulento, mais o evento danoso, nas hipóteses de disposição onerosa de bens e; somente o evento danoso, se o caso de disposição gratuita de bens ou remissão de dívidas.

Fávio Tartuce ainda esclarece que:

Segundo o art. 159 do CC, serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. Traz esse dispositivo uma presunção relativa (*iuris tantum*) do *consilium fraudis*,

a caracterizar o vício social do negócio jurídico. Presumindo o concílio de fraude diante de uma relação de parentesco [...] (2014, p. 338)

De acordo com o artigo 178, inciso II do Código Civil, o prazo decadencial para o ajuizamento da ação pauliana, é de quatro anos.

A sentença da ação pauliana, acarreta a anulação do negócio jurídico fraudulento, retornando as partes ao estado anterior ao negócio. Todavia, existe posição doutrinária que defende a validade do negócio, entretanto, considera-o ineficaz em relação ao credor alienante, permitindo ao credor prejudicado buscar o bem no patrimônio do terceiro adquirente. Todavia, o direito positivo adota a tese da anulabilidade do negócio praticado em fraude contra credores (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 563-564).

Outro ponto que merece destaque, no que tange à ação pauliana, diz respeito à sua natureza jurídica. Para os adeptos da corrente que defende a anulabilidade do ato, a sentença terá natureza constitutiva negativa. A doutrina que entende pela ineficácia do ato, aduz que a sentença terá natureza declaratória negativa e constitutiva negativa (BRUSCHI, 2016, p. 77).

Em razão desta divergência doutrinária sobre os efeitos da sentença na ação pauliana, pode surgir uma indagação quanto à alegação de fraude contra credores como sucedâneo da desconsideração da personalidade jurídica.

Como será visto adiante, no próximo capítulo, a desconsideração da personalidade jurídica impescinde da presença dos requisitos legais dispostos no artigo 50 do Código Civil, ou seja, abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial, bem como, em seu aspecto processual, em razão da instauração de um incidente, é necessário demonstrar a existência dos requisitos materiais da desconsideração (prova pré-constituída), conforme prevê o artigo 134, parágrafo 4º do Código de Processo Civil.

Dessa forma, para que a alegação de fraude contra credores seja fundamento da desconsideração da personalidade jurídica, entende-se que deve haver o respectivo trânsito em julgado.

Entretanto, a discussão se a fraude contra credores pode ser sucedâneo da desconsideração da personalidade jurídica parece inócua, diante dos efeitos da sentença na ação pauliana, em que o ato de disposição patrimonial é anulado, retornando o bem ao patrimônio do devedor e o que se pretende com a

desconsideração da personalidade jurídica é exatamente atingir o patrimônio do devedor.

Assim, com a permissão do credor para recuperar seu crédito atingindo o patrimônio do devedor, torna-se prescindível a desconsideração da personalidade jurídica, salvo no caso de outra transferência fraudulenta, como pode ocorrer com a integralização de bens em realização de capital social, por exemplo.

Nota-se, portanto, que os sócios de uma sociedade patrimonial, com o escopo de assumir a proteção do patrimônio, devem ter cuidados especiais e realizar um efetivo planejamento para a proteção dos bens, cuidando, inclusive, para não incorrer em fraude contra credores, quando da integralização das quotas sociais com os bens. Sobre este assunto, a jurisprudência assim dispõe:

Ação pauliana – Alienação de imóvel – Integralização de capital social – Registro do título perante o Cartório de Imóveis – Conglomerado empresarial – Grupo familiar – Administração – Anulação do ato – Modulação dos efeitos. 1 – A fraude contra credores constitui negócio verdadeiro, pelo qual o devedor transfere seu acervo patrimonial a terceiros, com o propósito de subtrair a garantia do credor, havendo neste negócio a conjugação de dois requisitos, quais sejam, o 'consilium fraudis' entre as partes e o 'eventus damni' ou efetivo prejuízo para o credor, em razão da redução do alienante a estado de insolvência. 2 – A eficácia da transferência de imóvel à sociedade, para fins de integralização de cota social, depende do registro do título translativo perante o registro imobiliário, nos termos dos artigos 167, I, "32" e 169 da Lei de Registros Públicos, incidindo da data do registro o prazo decadencial para anulação do negócio jurídico. 3 – Caracteriza-se a fraude contra credores quando a empresa que recebeu o imóvel é formada por membros da mesma família, e seu administrador é o próprio devedor alienante, cônjuge e genitor dos demais sócios, subsistindo o débito à época da alienação. 4 – Embora haja diferenças conceituais entre a fraude contra credores e a fraude à execução, certo é que, no concernente à natureza do reconhecimento judicial, elas se igualam. Declara-se a ineficácia do ato, em relação ao credor e ao processo de execução. Ação procedente. Recurso dos réus improvido. Recurso do autor provido. (TJ-SP 11144207020158260100 SP 1114420-70.2015.8.26.0100, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 11/12/2017, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/01/2018)

Além da fraude contra credores, existe a preocupação com a fraude à execução, que é instituto do direito processual e atenta contra o próprio Poder Judiciário, na medida em que pode tornar inútil um processo já instaurado; assim, na fraude à execução, além de prejuízo ao credor, há, também uma ofensa à função jurisdicional do Estado (NEVES, 2016, p. 1.567).

Neste sentido:

É, porém, muito mais grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. Além de ser mais evidente o intuito de lesar o credor, em tal situação “a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair”. A fraude frustra, então, a atuação da Justiça e, por isso, é repelida mais energicamente. Não há necessidade de *nenhuma ação* para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 419)

Considera-se que a alienação ocorreu em fraude à execução quando incorrer nas hipóteses previstas no artigo 792 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

Nota-se que, na fraude à execução, diferentemente do que ocorre na fraude contra credores, não se exige o elemento subjetivo, basta que a alienação tenha ocorrido na pendência de ação judicial, fundada em direito real ou capaz de reduzir o devedor à insolvência:

Importante característica da fraude à execução é a dispensa de prova do elemento subjetivo do *consilium fraudis*, pouco importando se havia ciência ou não de que o ato levaria o devedor à insolvência. A intenção fraudulenta nesse caso é presumida, sendo irrelevante para os fins de configuração da fraude se o ato é real ou simulado, de boa ou má-fé. A prova do *eventus damni*, evidentemente, é indispensável. (NEVES, 2016, p. 1.569)

Apesar da desnecessidade de comprovação do elemento subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, cujo enunciado exige o registro da penhora ou a prova da má-fé do terceiro adquirente, para o reconhecimento da fraude à execução. Presume-se, portanto, a boa-fé do adquirente.

Para o reconhecimento da fraude à execução, basta que a alienação ocorra na pendência de processo judicial, de qualquer tipo, conhecimento ou execução; todavia, mostra-se imprescindível que o alienante tenha conhecimento formal (citação), deste processo.

A decisão que reconhece a fraude à execução, decreta a ineficácia da alienação, na medida em que o bem permanece com o terceiro, mas sobre ele recai a constrição judicial, ainda que no patrimônio deste. Neste sentido:

Isto significa dizer que o ato alienação ou oneração é perfeitamente válido entre alienante e adquirente, mas é ineficaz perante o exequente vítima da fraude.

A ineficácia do ato declarado por meio de decisão interlocutória não é extensível a outros eventuais credores, mas apenas em relação ao processo de execução em que se cogitou tal fraude. (BRUSCHI, 2016, p. 108-109)

Ressalta-se, assim como ocorre na fraude contra credores, os sócios ao constituírem uma sociedade patrimonial, devem ter o cuidado para não incorrer em fraude à execução, sob pena de colocar o planejamento e toda a finalidade deste tipo de sociedade em risco, neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL – Execução de título extrajudicial – Contrato de prestação de serviços de intermediação de venda de imóvel – Penhora de imóveis – Patrimônio transferido pelos executados para integralização de capital social de pessoa jurídica que tem um dos executados como sócio – Decisão de primeiro grau que reconhece a hipótese de fraude à execução, declara ineficaz a transferência e mantém a penhora – Agravo interposto pelos executados – Transferência ocorrida após o ajuizamento da execução e a citação dos executados – Fraude caracterizada – Artigos 593, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 e 792, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015 – Recurso repetitivo – Recurso desprovido (TJ-SP - AI: 21061649620168260000 SP 2106164-96.2016.8.26.0000, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de Julgamento: 27/07/2016, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/07/2016)

3.5.2 Planejamento contingencial preventivo

Conforme visto no início do item 3.5, a proteção patrimonial tem início com a integralização das quotas, mediante a transferência dos bens imóveis à pessoa jurídica. Observadas as recomendações acima expostas, sobre a fraude contra credores e fraude à execução, esta transferência protege o patrimônio inserido na pessoa jurídica, contra dívidas contraídas pela pessoa natural dos sócios, em regra.

Ainda quanto às possíveis dívidas pessoais dos sócios, a maneira pela qual elaborado o contrato social e a escolha do tipo societário, e se será uma sociedade de pessoas ou de capital, também tem o condão de conferir proteção patrimonial. Por este motivo que a escolha pela sociedade limitada é a mais indicada para as sociedades patrimoniais, além disso há a questão da *affectio societatis*, vista no capítulo 2.

Com isso, é possível prever no contrato social da sociedade patrimonial, cláusulas que impedem o ingresso de terceiro estranho ao capital social, sem a anuência dos sócios, inviabilizando a penhora das quotas sociais, que por sua vez impede a constrição sobre os bens que compõem o acervo patrimonial da pessoa jurídica.

Neste sentido, o artigo 1.026 do Código Civil, prevê que o credor do sócio pode penhorar os lucros da sociedade ou a parte que lhe couber em caso de liquidação, na falta de outros bens penhoráveis.

Nota-se que a jurisprudência permite a penhora das quotas sociais em sociedade limitada, todavia, a depender do que previsto no contrato social, o credor não ingressará na sociedade, mas apenas terá direito sobre os direitos econômicos das quotas, conforme já se manifestou a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO SOCIETÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE COOPERATIVA EM FAVOR DE TERCEIRO ESTRANHO AO QUADRO SOCIETÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. A penhora de cotas sociais, em geral, não é vedada por lei, ex vi da exegese dos arts. 591, 649, I, 655, X, e 685-A, § 4º, do CPC. Precedentes. 2. É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de cooperativa, por dívida particular deste, pois responde o devedor, para o cumprimento de suas obrigações, com todos seus bens presentes e futuros (art. 591, CPC). 3. O óbice de transferência a terceiros imposto pelo art. 1.094, inc. IV, do CC/02 e pelo art. 4º, inc. IV, da Lei nº 5.764/71 não impede a penhora pretendida, devendo os efeitos desta serem aplicados em consonância com os princípios societários e características próprias da cooperativa. 4. Dada a restrição de ingresso do credor como sócio e em respeito à *affectio societatis*, deve-se facultar à sociedade cooperativa, na qualidade de terceira interessada, remir a execução (art. 651, CPC), remir o bem (art. 685-A, § 2º, CPC) ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas (art. 685-A, § 4º, CPC), a tanto por tanto, assegurando-se ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução parcial da sociedade, com a exclusão do sócio e conseqüente liquidação da respectiva cota. 5. Em respeito ao art. 1.094, inc. I e II, do CC/02, deve-se avaliar eventual dispensa de integralização de capital, a fim de garantir a liquidez da penhora e, ainda, a persistência do número

mínimo de sócios na hipótese de exclusão do sócio-devedor, em quantitativo suficiente à composição da administração da sociedade. 6. Recurso improvido.

(STJ - REsp: 1278715 PR 2011/0220197-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO LOCAÇÃO COMERCIAL EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PENHORA DE COTAS SOCIAIS PERTENCENTES A ALGUNS DOS DEVEDORES EM SOCIEDADE LIMITADA DEFERIMENTO DA ADJUDICAÇÃO DAS COTAS AOS EXEQUENTES REFORMA NÃO OBSTANTE A POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DE COTAS DE SOCIEDADE LIMITADA, HÁ NECESSIDADE DE EXAME DO CONTRATO SOCIAL, VISTO QUE NÃO SE INCLUI, POR FORÇA, O CREDOR NA SOCIEDADE, POIS A PENHORA CONTEMPLA A EXPRESSÃO ECONÔMICA DA PARTICIPAÇÃO DO SÓCIO DEVEDOR NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DO VALOR DAS COTAS SOCIAIS CONSTRITAS ADJUDICAÇÃO AFASTADA. Agravo de Instrumento provido.

(TJ-SP - AI: 20400833920148260000 SP 2040083-39.2014.8.26.0000, Relator: Jayme Queiroz Lopes, Data de Julgamento: 18/09/2014, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/09/2014)

Assim, as cláusulas inseridas no contrato social são uns dos instrumentos de proteção patrimonial nas sociedades patrimoniais.

Além disso, após a constituição da sociedade patrimonial, a doação das quotas pelo patriarca/matriarca, também faz parte do plano contingencial preventivo, para a proteção do patrimônio.

Esta doação, além da questão do usufruto já tratada, também deve ser feita com a inserção de cláusulas restritivas, como as de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, prevenindo, assim, eventual dilapidação do patrimônio, após a morte do doador.

O doador das quotas, valendo-se da regra disposta no artigo 1.911 do Código Civil, poderá dispor de sua participação societária, gravando suas quotas com a cláusula de inalienabilidade, impondo aos donatários restrições quanto à disposição dos bens doados.

Isto ocorre nas sociedades patrimoniais, especialmente em razão de conflitos advindos das relações amorosas dos sócios, acarretando perda no patrimônio familiar com a eventual dissolução do vínculo matrimonial, neste sentido:

Há um ponto delicado e desagradável que deve ser examinado: a utilidade da constituição de holdings familiares para fazer frente aos desafios que resultam da desagregação familiar de nossos dias,

nomeadamente ao impressionante número de divórcios. Comumente, as opções afetivas constituem um grande desafio e um enorme risco para o patrimônio pessoal e familiar. Raramente as pessoas estão dispostas, enquanto estão apaixonadas ou enamoradas, e ajustam um futuro em comum, a aceitar a simples possibilidade de que alguns enredos desagradáveis venham a dar cabo de seus sonhos de felicidade. Contudo, esses desfechos desagradáveis são comuns e, assim, devem compor o exame frio que o operador jurídico faz da realidade: está sempre presente o risco de o casal vir, um dia, mais cedo ou mais tarde, a se desentender e, assim, terminar num processo litigioso de separação, onde o ódio substitui o amor e o desejo de vingança empurra as partes para um perde/ganha que é, na maioria das vezes, terrível para aquele que tem mais posses.

[...]

As soluções para o combate desse fenômeno são múltiplas. Como se verá no Capítulo 5, sobre o planejamento sucessório, é possível, no ato de constituição da holding, fazer doação de quotas ou ações gravadas com a cláusula de incomunicabilidade, evitando sejam alvo de uma partilha resultante de uma separação ou divórcio, ou, ainda mais amplo, gravar os títulos com a cláusula de inalienabilidade que, na forma do artigo 1.911 do Código Civil, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. (MAMEDE; MAMEDE, 2018, p. 103)

Assim, conforme explicitado acima, a doação das quotas com a cláusula de inalienabilidade, que traz consigo a impenhorabilidade e incomunicabilidade (artigo 1.911 do Código Civil), impede que terceiros tenham direitos sobre os bens doados, afastando-se, dessa forma, a divisão das quotas ou seus direitos, no caso de separação ou divórcio de algum dos sócios.

Comentando sobre a cláusula de inalienabilidade Farias e Rosenvald assim expõem:

Com isso, o planejamento familiar pode impedir que o beneficiário da transmissão antecipada venha a dispor de seus direitos, obstando a participação de terceiros, estranhos ao núcleo familiar, na administração do patrimônio, preservando o negócio familiar. (2017, 86)

E continuam:

Impede-se, assim, que o beneficiário de uma cláusula testamentária venha a *alienar* o bem recebido (vender, doar, dar em garantia ...), bem assim como venha a sofrer *penhoras* (constrições judiciais decorrentes de processo em que o titular seja devedor) ou a *comunicar o bem com o cônjuge ou companheiro*, a depender do regime de bens do casamento ou união estável. O bem transferido, pois, fica a salvo de disposições, penhoras ou comunhões conjugais ou convivências. (2017, p. 465)

Assim, em cotejo com as disposições legais, doutrinárias e contratuais (contrato social e de doação de quotas), é possível conferir uma proteção ao patrimônio integrante do acervo da sociedade patrimonial, evitando-se a interferência e penetração de terceiros, tanto nos bens, quanto na própria sociedade, convalidando o planejamento contingencial preventivo e a viabilidade deste tipo de sociedade.

3.6 OFFSHORE

Este item, que encerra o presente capítulo, analisa as sociedades patrimoniais, quando constituídas fora do país de domicílio de seus sócios, denominadas de *offshore*. Nota-se que não se trata de um tipo específico de sociedade, mas apenas faz alusão à sua constituição fora dos limites territoriais.

Sobre este assunto:

Primeiramente, cabe esclarecer que o termo "offshore" é utilizado para designar sociedades situadas em outras jurisdições, sujeitas ao ordenamento jurídico local. Geralmente utiliza-se essa expressão para designar sociedades localizadas em jurisdições que conferem baixa ou nenhuma tributação. (TOIGO, 2016, p. 161)

Em suma, a sociedade *offshore*, nada mais é do que uma pessoa jurídica, legalmente constituída, fora do limite territorial da sua sede ou do domicílio dos respectivos sócios, cujo registro é juridicamente adequado ao país onde registrada, usualmente situada em zonas ou países que conferem benefícios fiscais, situados em vários locais do globo.

Da mesma maneira em que as sociedades brasileiras, a *offshore* é dotada de personalidade jurídica autônoma, em relação aos seus sócios e, devem adotar o tipo societário que mais atenda às necessidades de seu objeto social e interesse dos sócios. Neste sentido:

A empresa Offshore não tem uma forma jurídica determinada, podendo se revestir da forma e tipo que se amoldem às necessidades de cada caso específico para atingir a sua finalidade principal que é servir seus sócios, outras empresas ou até mesmo controlá-las. (PENTEADO, 2007, p. 71)

A princípio, pode parecer sem sentido constituir uma sociedade fora do país, por questões de planejamento tributário, sucessório e para proteção patrimonial, se

isto tudo é possível de ser feito no Brasil. Entretanto, existem algumas vantagens na constituição de uma sociedade *offshore*, tais como:

Entre os motivos para a constituição de sociedades *offshore*, podemos citar: moedas fortes, estabilidade econômica e política, isenções fiscais ou impostos reduzidos sobre os rendimentos, flexibilidade, segurança, sigilo e privacidade nos negócios, liberdade de câmbio, economia de custos administrativos, eventual acesso a determinado tipo de financiamento internacional. (TOIGO, 2016, p. 162)

Esta também é a posição de Edson Pinto (2017, p. 165), ao apontar como benefícios a carga tributária nula ou perto de zero; sigilo bancário e fiscal; criação de sociedades por meio de ações ao portador, e; liberdade cambial.

Diante de alguns benefícios apresentados, bem como de, normalmente, situar-se em países considerados paraísos fiscais (melhor explicado adiante), a *offshore* pode passar a impressão de ser ilícita. Todavia, a sua existência, por si só, não configura qualquer ilicitude, desde que as suas operações, quando concernentes aos sócios, como por exemplo, transferências financeiras, sejam devidamente declaradas às autoridades públicas competentes.

Sobre a licitude da *offshore*:

A utilização de empresas Offshore, especialmente em paraísos fiscais, já é antiga e a legalidade de suas operações é indiscutível. Para a prática de atos ilícitos não precisa a empresa ser uma Offshore ou estar localizada em um paraíso fiscal, basta que pratique atos contra a lei. Qualquer pessoa tem o direito, desde que agindo dentro dos limites da lei, de conduzir suas atividades de modo que os tributos incidentes sejam os mais baixos possíveis. Ninguém está obrigado a agir de forma a propiciar maior arrecadação ao tesouro se possui outras alternativas legais para reduzir a carga tributária. (PENTEADO, 2007, p.11-12)

Assim, desde que respeitado o ordenamento jurídico do país de domicílio dos sócios, bem como declaradas as operações a eles concernentes e, devidamente recolhidos os tributos incidentes sobre tais operações, ou seja, haja total transparência quanto à existência da *offshore*, não há que se falar em ilegalidade.

Sobre os paraísos fiscais, locais usualmente escolhidos para a constituição de uma *offshore*, tem-se que são aqueles locais em que os ordenamentos isentam operações normalmente tributadas ou aplicam taxas anormalmente baixas. Melhor conceituando:

Os paraísos fiscais consistem em territórios nos quais inexistem a intervenção do Estado na atividade econômica no plano tributário,

permitindo que as atividades e transações de natureza comercial e financeira, desde que de caráter internacional, sejam conduzidas sem que delas se origine a obrigação de recolhimento de quaisquer tributos. (SILVA; WILLIAMS, 1998, p. 20)

A doutrina divide os paraísos fiscais em dois tipos: puro e relativo:

No paraíso fiscal puro, a carga tributária é inexistente, não havendo a cobrança de nenhum tipo de imposto, exceção feita às taxas e emolumentos correspondentes aos registros e licenças das respectivas empresas quando de sua constituição, de seu encerramento ou por força de sua manutenção (taxa anual).

Nesse tipo de paraíso fiscal, podemos citar os seguintes países: Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Panamá, Liechtenstein, Ilhas do Canal da Mancha, República da Irlanda e Nauru.

Já nos paraísos fiscais relativos, embora a carga tributária seja extremamente reduzida, há a incidência de impostos como em: Uruguai, Antilhas Holandesas e Ilha da Madeira. (PENTEADO, 2007, p. 35-36)

Além disso, para ser considerado paraíso fiscal, há a necessidade de se ter no país estabilidade política/legislativa, sigilo bancário e comercial, infraestrutura altamente desenvolvida, serviços financeiros e profissionais de nível internacional, padrões internacionais de regulamentação e supervisão bancária e financeira, além de ausência de controles cambiais.

O ordenamento jurídico brasileiro considera paraíso fiscal, o país ou dependência com tributação sobre a renda que tenha alíquota máxima inferior a 20%, bem como legislação que vede o acesso a informações sobre a composição societária da sociedade *offshore*, nos termos da Lei nº 9.430/1996.

Além disso, a Instrução Normativa nº 1.037/2010, da Receita Federal do Brasil, estabeleceu quais as jurisdições são consideradas como paraísos fiscais.

Voltando a tratar da *offshore* e, como dito, ela não é um tipo societário. Assim, a escolha do tipo de sociedade a ser constituída dependerá do ordenamento jurídico do local, sendo que os mais comuns são os *trusts* e as *holdings*. Como os requisitos de constituição e demais regras sobre estes tipos de sociedade não são o objeto de estudo, entende-se necessário apenas conceituá-los.

Para Arnoldo Wald (JAEGER, 2010, p. 170):

trust é transferência de propriedade de bens a um administrador, por um determinado período de tempo, em certas condições, para que o patrimônio seja gerido e reverta em favor de um beneficiário, que pode inclusive ser o proprietário original.

É necessário esclarecer que o *trust* não forma uma sociedade, na medida em que trata-se de um contrato, firmado entre pessoas naturais e/ou jurídicas, fazendo com que incorram em neutralidade fiscal, uma vez que, na maioria das jurisdições em que são regulamentados, não há incidência de imposto sobre a renda.

A *holding*, por sua vez apenas participa de outras sociedades, conforme já visto anteriormente neste capítulo, mas que quando constituídas em modo *offshore*, têm o condão de conferir os mesmos efeitos que a sociedade patrimonial.

Apesar da distância geográfica existente entre o Brasil e os paraísos fiscais, bem como pela diferença entre os ordenamentos jurídicos, pode parecer que haverá, no caso de uma sociedade *offshore*, uma efetiva blindagem patrimonial, todavia, conforme se demonstrará no capítulo a seguir, em caso de fraude, é possível desconsiderar a personalidade jurídica e, sobre este assunto a jurisprudência já se posicionou:

SOCIEDADES OFFSHORES. FORTES INDÍCIOS DE OCULTAÇÃO DE BENS IMÓVEIS REGISTRADOS EM NOME DE DUAS SOCIEDADES PANAMENHAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DOS REFERIDOS BENS ATÉ ULTERIOR JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. "Offshore Company" é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferenciado, "extraterritorial" em relação ao país de domicílio de seus associados. Tal expressão é muito utilizada às sociedades constituídas em "paraísos fiscais", onde gozam de privilégios tributários (impostos reduzidos ou até mesmo isenção dos mesmos). 2. Verifica-se que as Sociedades Offshores ainda são muito usadas para adquirir e vender patrimônio pessoal, fazer aplicações financeiras e outros negócios particulares, além de permitir a transmissão de heranças sem os custos, discussões e demoras inerentes a um inventário. 3. Apesar de não haver, em princípio, nenhuma ilegalidade na constituição de tais sociedades, deve-se chamar atenção para a proliferação de novas modalidades de fraude envolvendo esse tipo de entidade, fato que necessita de mecanismos para coibir tais desvios, mormente com o incentivo oferecido pela diferenciação patrimonial advinda da personalidade jurídica das mesmas. 4. Neste diapasão, como forma de se coibir eventual confusão patrimonial, encontra-se o instituto da desconsideração inversa, que, nada mais é do que a possibilidade vislumbrada de se desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa física para o alcance de bens da própria sociedade, em decorrência de atos praticados por terceiros e sócios. 5. A desconsideração inversa vem sendo muito aplicada pela jurisprudência nos casos envolvendo direito de família, onde há o empenho, por parte do cônjuge, ou de terceiros a ele diretamente interessados (herdeiros), no esvaziamento do patrimônio do casal, transferindo os bens para uma sociedade; 6. Considerando a

plausibilidade do direito invocado, bem como o vasto conjunto fático probatório analisado, entendo haver fortes indícios de uma possível desconsideração inversa por parte dos agravados, onde as pessoas jurídicas constituídas no Panamá possam estar sendo utilizadas pelos filhos de seu ex-companheiro, para ocultar seu verdadeiro patrimônio, razão pela qual, extrai-se a verossimilhança das alegações da agravante, bem como o perigo da decisão agravada resultar lesão grave de difícil reparação, necessário se faz tornar indisponíveis os bens arrolados à fl.25. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

(TJ-RJ - AI: 00554925520128190000 RJ 0055492-55.2012.8.19.0000, Relator: DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE, Data de Julgamento: 20/03/2013, VIGÉSIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 07/06/2013 14:33).

Desconsideração inversa da personalidade jurídica, mediante a afetação de bens da sociedade do devedor, efetivo titular da companhia, por intermédio de outra pessoa jurídica estrangeira (offshore company) ? Fraude e abuso reconhecidos na condução dos negócios pessoais ? Presunção comum e relativa da improbidade pelo esgotamento das providências ordinárias à obtenção da penhora e o desaparecimento ou ocultação furtiva do devedor para a citação, conforme a lógica ordinária e as regras de experiência, art. 335 do Código de Processo Civil e arts. 50 e 211, IV, do Código Civil ? Legitimidade ? Medida útil e eficaz à concretização da justiça ? Extensão da responsabilidade patrimonial à empresa, beneficiária do negócio primitivo, devido à infração à lei, aos princípios de direito e da ética na execução das obrigações ? Ressalvado o benefício de ordem, com a indicação de bens desembargados da pessoa física, ou liquidação da dívida em dinheiro, a prestação de fiança bancária ou apresentação de seguro garantia judicial para a discussão da pretensão executiva ? Recurso provido.

(TJ-SP - AI: 00959456320138260000 SP 0095945-63.2013.8.26.0000, Relator: César Peixoto, Data de Julgamento: 26/06/2013, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/06/2013).

Assim, nota-se que nem mesmo a distância e a diferença entre ordenamentos jurídicos propicia blindagem patrimonial, em casos de fraude e abuso da personalidade jurídica, mediante a sua desconsideração, conforme se estudará a seguir.

4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como visto nos capítulos anteriores, a pessoa jurídica, especialmente as sociedades, são muito importantes para o desenvolvimento econômico de uma nação e, por isso, o ordenamento jurídico confere e assegura a sua personalidade jurídica, bem como capacidade jurídica, permitindo o exercício de seu objeto social de forma autônoma.

É a autonomia patrimonial e a independência entre pessoa jurídica e seus sócios que traz segurança jurídica, estimulando, dessa forma, o incremento das atividades econômicas, maior e melhor entrega de produtos e serviços à sociedade consumidora, aumentando a arrecadação de tributos, proporcionando ao Estado, também, melhores condições aos cidadãos.

Todavia, com o aumento dos casos de abuso da personalidade jurídica, onde os sócios e gestores da sociedade utilizando sua estrutura jurídica para praticar negócios escusos, fraudulentos, sob a proteção da autonomia patrimonial, desviaram a sua finalidade, o que fez com que a doutrina e jurisprudência, diante da necessidade de resolver este problema, desenvolvessem a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, evitando-se abusos e ilícitos.

A teoria evoluiu com o tempo, sendo positivada no Brasil no Código Civil de 2002 e teve seu procedimento regulamentado pelo Código de Processo Civil de 2015.

4.1 HISTÓRICO E CONCEITO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é controversa na doutrina, sendo que, para alguns surgiu com Rolf Serick, na Alemanha, na década de 50, pela qual pretendia-se justificar a superação da personalidade jurídica da sociedade, quando esta estivesse agindo de forma abusiva, impondo-se aos seus sócios a responsabilidade ilimitada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 319).

Neste sentido Coelho (2012, p. 43-44):

A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick o seu principal sistematizador, n tese de doutorado

defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam se dedicado ao tema, como, por exemplo, Maurice Wormser, nos anos de 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1955).

Corroborando o pensamento acima, Ada Pellegrini Grinover, et. al., sustentam que:

O prof. Serick considera que "a jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete principalmente a seus membros".

O trabalho de Serick, por sua vez, tomou como ponto de partida a doutrina desenvolvida a partir dos julgados dos tribunais norte-americanos, conhecida pela designação *disregard of legal entity*, com exata correspondência à doutrina da penetração, de inspiração germânica. (2007, p. 243)

Por outro lado, há quem entenda que a origem da teoria tem seu fundamento em precedentes jurisprudenciais, dos tribunais ingleses e, também dos norte-americanos, países estes que tem adotam o sistema do *common law*.

Em 1809, no julgamento do caso *Bank of United States vs Deveaux*, o Juiz Marshall, decidindo pela preservação da jurisdição das cortes federais americanas, sobre *corporations*, tomou conhecimento da causa ao reconhecer o conflito existente entre os indivíduos que atuavam sob o véu da pessoa jurídica (KOURY, p. 64).

Outro precedente considerado como origem da teoria, aconteceu na Inglaterra, no julgamento do caso *Salomon vc Salomon & CO*, em 1897, assim explicado:

O caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* dizia respeito à situação de um comerciante britânico de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1892, uma pessoa jurídica, a *Salomon & Co. Ltd.*, composta, societariamente, por sua esposa e seus cinco filhos, além dele mesmo. A sociedade foi constituída com um capital social composto de 20.007 ações nominais, sendo que cada sócio detinha uma única ação, enquanto as 20.001 ações restantes foram atribuídas pelo próprio Aaron Salomon, das quais foram integralizadas 20.000 ações, com a transferência de um fundo de comércio que ele já possuía, individualmente, para a sociedade. Como o valor do fundo de comércio era superior ao valor das cotas integralizadas, o sócio Aaron Salomon passou a ser credor da *Salomon & Co. Ltd.*, inclusive dispendo de garantia privilegiada. Com a derrocada da sociedade, vindo a entrar em insolvência e ser dissolvida, o credor privilegiado Aaron Salomon pretendeu fazer valer

os seus direitos em detrimento dos demais credores quirografários. Ou seja, o credor privilegiado, que também era sócio majoritário da empresa, terminou por prejudicar diretamente os credores da pessoa jurídica, transferindo para terceiros os riscos do negócio jurídico que deveria ser dos próprios sócios. Em verdade, a empresa foi utilizada como uma espécie de *agent* de Aaron Salomon, com o propósito de realizar os seus próprios negócios. Depois de sucessivas derrotas, na *House of Lords*, Aaron Salomon conseguiu sair vencedor, servindo o caso, entretanto, como paradigma de novas decisões judiciais, dada a projeção que alcançou. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 390)

Percebe-se da descrição doutrinária do julgado que, apesar de a Corte inglesa ter revertido o julgamento em favor do sócio Aaron Salomon, as instâncias inferiores de julgamento consideraram abusivo o uso da pessoa jurídica, em detrimento dos demais credores, desconsiderando-a.

Independente da origem, o fato é que a formulação proposta por Serick é a mais difundida e aceita pela doutrina e jurisprudência, na medida em que ele sistematiza a desconsideração em quatro etapas ou princípios.

O primeiro consiste em verificar-se a ocorrência de abuso da pessoa jurídica, lesando direitos de terceiros, ocasião em que o juiz pode afastar o princípio da autonomia. O segundo, circunscreve-se à prevalência do princípio da autonomia, que não deve ser rechaçado apenas pelo insucesso de determinado negócio ou pelo objetivo da norma; não é suficiente à desconsideração, a mera insatisfação do credor, por exemplo. O terceiro diz respeito à aplicação das normas baseadas nos atributos, capacidade, valores humanos atinentes às pessoas naturais, também às pessoas jurídicas. Finalmente, o quarto, refere-se à distinção entre a pessoa jurídica e seus integrantes, quando forem partes no mesmo negócio (COELHO, 2012, p. 44).

No Brasil, o responsável pela introdução do tema foi Rubens Requião, no final de 1960, orientando aos magistrados a sua aplicação, independentemente de previsão legal, conforme elucida Coelho (2012, p. 44):

Na doutrina brasileira, ingressa a teoria no final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977:67/86). Nela, a teoria é apresentada como a superação do conflito entre as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não

adotada a *disregard doctrine* pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude.

Dessa forma, conhecida a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, resta conceituá-la e, de forma simples, diz-se que a desconsideração da personalidade jurídica, nada mais é que, amparada por uma decisão judicial, em razão de abuso da personalidade jurídica, seja por desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial, suspensão da autonomia da pessoa jurídica, para atingir o patrimônio dos sócios e administradores, em benefício do credor.

Sobre o conceito, destaca-se:

A desconsideração da personalidade jurídica significa, essencialmente, o desprezo episódico (eventual), pelo Poder Judiciário, da personalidade autônoma de uma pessoa jurídica, com o propósito de permitir que os seus sócios respondam com o seu patrimônio pessoal pelos atos abusivos ou fraudulentos praticados sob o véu societário. Enfim, é a permissão judicial para responsabilizar civilmente o sócio, nas hipóteses nas quais for o autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 391)

Apesar de toda a simplicidade do conceito, é necessário distinguir a terminologia utilizada, na medida em que não se deve confundir a desconsideração com a despersonalização da pessoa jurídica.

Há uma razão para a utilização da terminologia desconsideração, na medida em que despersonalizar implica em retirar, anular a personalidade jurídica conferida pela lei à pessoa jurídica, equiparando-se à sua própria morte.

Sobre o assunto, Nascimbeni (2013, p. 11):

Há, na realidade, uma grande diferença entre as duas expressões: despersonalizar é completamente diverso de desconsiderar a personalidade, já que (despersonalizar) pode ser conceituado como algo próximo a anular a personalidade – o que não ocorre na desconsideração. Nesta, não se anula a personalidade, mas, sim, ocorre a retirada momentânea de eficácia da personalidade, no caso concreto e dentro de seus limites. Trata-se de situação excepcional e limitada, pois a pessoa jurídica, como já referido, é um instituto muito importante para ser destruído, sofrendo a suspensão dos efeitos da separação patrimonial.

Assim, ocorrendo abuso da personalidade jurídica, em conformidade com o texto legal, poderá o juiz afastar a autonomia da pessoa jurídica, desconsiderando sua personalidade, momentaneamente, para fazer com que o patrimônio dos sócios e administradores respondam pelos débitos da sociedade, sem que isto implique em sua extinção, na medida em que não há a despersonalização.

4.2 A TEORIA NO DIREITO COMPARADO

Diante do surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito estrangeiro, é justo que se faça uma análise de como ela é vista e aplicada em outros países.

Dentre os vários ordenamentos jurídicos alienígenas que adotam a teoria e, diante de suas importâncias quanto ao tema, em relação ao direito brasileiro, a análise, ainda que sucinta, recairá sobre os seguintes países: Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, França, Itália, Espanha, Portugal, Argentina.

4.2.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos da América, onde vigora o sistema do *common law*, pelo qual valoriza-se muito os precedentes, a jurisprudência dos casos, conforme visto anteriormente, há uma grande contribuição para a formação e desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Por se tratar de um país que adota o sistema do *common law*, o direito norte-americano não demonstra a necessidade de se normatizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (COMPARATO, 1977, p. 272).

No início, a teoria, lá chamada de *disregard doctrine*, teve sua aplicação restrita pelos tribunais, aplicando-se apenas excepcionalmente, nos casos de fraude à lei, contrato ou credor. Atualmente já se encontram julgados aplicando a teoria às empresas unipessoais, demonstrando o seu avanço e evolução.

Apesar dos avanços da teoria em sua aplicação pelo Poder Judiciário, a ausência de normatização da mesma gera desconforto em alguns doutrinadores americanos, como é o caso do professor Stephen M. Bainbridge, da Universidade Católica de Los Angeles, para quem a *disregard doctrine* confere poderes discricionários ao juiz, gerando incertezas. Ainda, defende que os julgamentos são

baseados em casos concretos, o que causa prejuízos sociais. Para o professor americano, não se prova que a *disregard doctrine* é aplicada em favor da sociedade (NUNES, 2007, p. 2).

Atualmente, os tribunais americanos aplicam a teoria, também, ao interpretar as declarações de vontade ou negócios jurídicos, com suporte no princípio da boa-fé. Além desta hipótese, entende-se pela aplicação nos casos de vícios ou irregularidades nos atos constitutivos e, quando há confusão patrimonial.

4.2.2 Inglaterra

A Inglaterra, assim como os Estados Unidos, tiveram grande influência na criação da doutrina, mas talvez no país europeu, o resultado do caso *Salomon vs Salomon & Co.*, tenha desestimulado os juristas ingleses a aprofundarem no tema.

Ainda assim, apesar de ser um país que adota o sistema do *common law*, igual aos Estados Unidos, encontra-se no direito inglês disposições normativas sobre a desconsideração da personalidade jurídica, como por exemplo, a secção 332, do *Companies Act* de 1948, conforme expõe Oliveira (1979, p. 459):

[...] todas as pessoas que, de modo consciente, tomarem parte em negócios realizados pela sociedade com intenção de prejudicar fraudulentamente credores da sociedade ou credores de qualquer outra pessoa, ou com qualquer finalidade fraudulenta, podem ser judicialmente declaradas responsáveis, de modo ilimitado, por todo e qualquer débito da sociedade.

É fato que a jurisprudência inglesa é escassa de julgados, diante das dificuldades de se produzir as provas necessárias à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com base na secção 332, do *Companies Act* de 1948.

Assim, mesmo com poucos casos julgados, o direito inglês, ao menos, tem uma maior referência legislativa sobre a teoria, em comparação ao direito americano.

4.2.3 Alemanha

Como visto no início deste capítulo, apesar dos precedentes judiciais sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, exarados pelos tribunais

americanos e ingleses, foi na Alemanha, com Rolf Serick, que a teoria foi desenvolvida e sistematizada, na década de 1950.

A partir dos estudos de Serick, outros doutrinadores alemães destacaram-se quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como por exemplo, Rehbindler, Drobnig, Müller-Freienfels e Martin Wolff, e Reinhardt e Erlinghagen.

Destacam-se dos estudos dos juristas acima três teorias, classificadas por Rehbindler como subjetiva, jurisprudência de interesses, e institucional. A primeira, defendida por Serick e Drobnig, defende a visão unitária da pessoa jurídica e a presença do elemento subjetivo, abuso de direito e fraude para a desconsideração da personalidade jurídica. A segunda, defendida por Müller-Freienfels e Martin Wolff, enxerga a pessoa jurídica como uma ficção e, no conflito de interesses entre a autonomia e credor, prevalecerá este último. A terceira, defendida por Reinhardt e Erlinghagen, entende que a pessoa jurídica submete-se a determinações impostas pelo ordenamento jurídico, que quando excedidas caracterizam o abuso de direito, implicando na desconsideração da personalidade jurídica (OLIVEIRA, 1979, p 294-295).

Prevalece atualmente, na Alemanha, a terceira teoria, que permite o alcance pela norma das suas finalidades jurídicas, econômicas e sociais, conforme explica Salomão Filho (1998, p. 85):

Esse posicionamento permite uma visão menos rígida da desconsideração, que passa a incluir não apenas situações de fraude, mas também, quando necessário, situações em que, à luz da importância e objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica. A desconsideração, não é, portanto, apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, mas uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas [...] que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos.

Dessa forma, percebe-se que no direito alemão, considerado como o berço da teoria da personalidade jurídica, houve uma boa evolução da teoria, com sua aplicação até os dias atuais.

4.2.4 França

Na França, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi normatizada, bem como a jurisprudência também já reconhecia sua importância, diante de abusos e fraudes praticados por integrantes das pessoas jurídicas.

Particularmente neste país, a teoria surge diante de uma preocupação com os abusos praticados por grupos empresariais.

Além dos casos de concordata ou falência, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é utilizada no direito francês, também, nas hipóteses de simulação, como exemplifica Giaretta (1989, p. 14):

[...] a simulação está presente nas circunstâncias em que a formação do capital da sociedade não corresponde à realidade, algumas contribuições são fictícias. Nestes casos a sociedade é nula e subsiste apenas como sociedade de fato. Quando todo o capital é fictício, a sociedade torna-se inexistente, criada para fraudar as leis, como p. ex., quando a sociedade é criada para fazer escapar os bens de um dos sócios à ação de seus credores [...]. Quanto à interposição de pessoas, esta modalidade de simulação ocorre quando se usa de testa de ferro, através da delegação de mandato; quando uma sociedade é usada apenas com instrumento do sócio.

Todavia, apesar de esparsas previsões legais, o direito francês não possui um sistema preciso sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, portanto, para sua aplicação, é necessária uma análise detida do caso, que justifique o afastamento da autonomia da pessoa jurídica, desconsiderando-a.

4.2.5 Itália

Na Itália, que adota o sistema do *civil law*, pode-se apontar como grandes nomes quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os doutrinadores Pierro Verrucoli, Túlio Ascarelli e Nicola Distaso.

Túlio Ascarelli, este, talvez, mais conhecido no Brasil, defende que os sócios, quando realizam negócios indiretos (aqueles em que buscam-se alcançar objetivos contrários aos princípios gerais de direito, de maneira consciente e, de comum acordo das partes), atingindo finalidades alheias àquelas regulares, caracteriza a fraude e, assim sendo, atrai a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Melhor explicando sobre o negócio indireto, Ascarelli (1969, p. 94), aduz:

[...] na simulação, o objetivo da vontade real das partes está em contraste com o que decorre de sua declaração, e a realização do primeiro exclui a do segundo. No negócio indireto, as partes querem efetivamente o negócio que realizam, e querem submeter-se à sua

disciplina jurídica [...]. No negócio indireto, não se esconde dos terceiros (ao contrário da simulação) o escopo último visado, o qual muitas vezes transparece claramente das cláusulas do negócio. O negócio indireto é ilícito apenas quando ilícitos são os fins visados pelas partes, o que ocorre nos negócios em fraude à lei.

Para Ascarelli, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica incide quando a pessoa jurídica for utilizada com o fim de fraudar a ordem legal.

Todavia, em um país que adota o sistema do *civil law*, como a Itália, há uma certa dificuldade em se adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como proposta por Ascarelli, que prescinde de intervenção legislativa.

4.2.6 Espanha

Na Espanha, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a par de alguns precedentes desde 1980, foi reconhecida como instituto autônomo do direito, em uma decisão proferida pelo Tribunal Supremo espanhol, em 1984.

Neste país, a teoria está amparada por três princípios, a boa-fé; o exercício abusivo; o exercício antissocial de direitos.

Não há norma escrita regulamentando a teoria, que se sustenta pela jurisprudência dos tribunais, gerando insegurança jurídica. A doutrina espanhola tenta compor as balizas necessárias à aplicação da *disregard doctrine*, como pontua Yaguez (1997, p. 55):

[...] casos em que se simula a constituição de uma sociedade para eludir o cumprimento de um contrato, burlar os direitos de terceiros ou eludir a lei", 2) "casos em que a hipótese de fato deva resolver-se em função da *ratio* a que responde a normativa da pessoa jurídica"; e, por fim, 3) "os casos em que é necessário desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para evitar que o grupo, ao amparo da personificação que desfruta, possa dedicar-se a atividades que estão proibidas aos indivíduos que a compõem".

Assim, apesar da falta de regras escritas, a doutrina tem trabalhado para estabelecer os parâmetros necessários à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Espanha.

4.2.7 Portugal

Não há na lei portuguesa disposição expressa tratando sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas isto não impede a sua aplicação, uma vez que a doutrina e a jurisprudência reconhecem-na como instituto jurídico.

Portugal reconhece a separação entre os bens da sociedade e dos sócios, conforme prevê o Decreto Lei nº 248/1986, mas em caso de confusão patrimonial, a responsabilidade patrimonial será ilimitada.

4.2.8 Argentina

Finalmente, na Argentina, a *teoría de la penetración*, que teve seu início na jurisprudência, mas atualmente conta com previsão legal no Código Civil e em outras leis, reconhece a possibilidade de afastar a autonomia da pessoa jurídica para atingir o patrimônio dos sócios, em determinados casos.

Para os argentinos, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica, quando existir a malversação na utilização da pessoa jurídica, exteriorizada por abuso de direito e fraudes.

Concluindo sobre o tema, ressalta-se um trecho da doutrina argentina sobre o tema:

A finalidade da sociedade - sua causa - está relacionada com a realização da atividade econômica - o objeto. Se o objeto (atividade econômica da sociedade) é perseguido pelos sócios para a obtenção de uma finalidade lícita, não há que se falar sobre desconsideração. A *disregard* só será aplicada quando for necessário frustrar um resultado antijurídico que, com a constituição de uma sociedade, se pretendeu alcançar. (ZANNONI, 1979, p. 169)

Por fim, como curiosidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi positivada na Argentina em 1983, na *Ley de Sociedades Comerciales*, precedendo, portanto, ao Brasil.

4.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E PREVISÃO LEGAL

No Brasil, assim como nos demais países acima abordados, no início da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não havia legislação específica sobre o tema. Tem-se notícia de alguns julgados aplicando a desconsideração da personalidade jurídica, como por exemplo, em 1955, o Tribunal

de Justiça de São Paulo afastou a autonomia empresarial, em razão da confusão patrimonial (Apelação civil nº 9.247, reproduzida na RT v. 238, p. 393-395).

Conforme dito anteriormente, foi Rubens Requião quem introduziu o assunto, da maneira em que conhecido, no ano de 1969, quando palestrou sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Seguido por ele, Fábio Konder Comparato publicou a obra "Poder de controle na sociedade anônima", 1976 e, Lamartine Corrêa de Oliveira com "A dupla crise da pessoa jurídica", em 1979.

O Código Civil de 1916 não apresentava qualquer tratamento sobre a desconsideração da personalidade jurídica, por razões cronológicas, uma vez que a teoria surgiu foi idealizada com Rolf Serick, na década de 1950.

Ainda assim, conforme já alertado, a jurisprudência brasileira aplicava a teoria, amparada por leis esparsas, especialmente pelo Código Tributário, em seu artigo 135, que prevê a responsabilização de sócios e administradores por atos praticados com infração da lei, contrato social ou estatutos.

A teoria ganhou espaço nos Tribunais brasileiros, na medida em que várias foram as decisões aplicando-a, dando início ao um movimento que repercutiu no Poder Legislativo, que editou algumas leis prevendo a possibilidade de responsabilização dos sócios por dívidas da pessoa jurídica, como é o caso do já comentado Código Tributário e da Lei nº 4.591/64, especificamente no artigo 66, parágrafo único.

Em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o Brasil, então, passou a ter a primeira legislação tratando especificamente da desconsideração da personalidade jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 398). Todavia, a legislação consumerista, por ser específica, não podia ser aplicada indistintamente. Além disso, a vários doutrinadores criticaram a redação do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (COELHO, 2012, p. 53-54).

Por outro lado, houve quem defendesse a inovação legislativa, como Flávia Lefèvre Guimarães, ao aduzir que a desconsideração da personalidade jurídica não ocorre apenas com a fraude ou abuso de direito, mas também nos casos de desvio de função, mesmo sem a prática de ilícitos (1998, p. 57).

Em seguida ao Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste, positivou no seu artigo 18, a desconsideração da personalidade jurídica. Esta lei foi revogada pela Lei nº 12.529/2011, mas manteve a previsão, agora no artigo 34.

Na sequência, o legislador editou a Lei nº 9.605/98, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. O artigo 4º, dispõe que a personalidade jurídica pode ser desconsiderada sempre que ela for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente.

Apesar da boa intenção do legislador, novamente a lei, assim como as demais, não escapou de críticas da doutrina:

[...] Desta feita, não cabe criticar o legislador por confundir a desconsideração com outras figuras do direito societário, impropriedade em que incorreu ao editar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste. Mas não se pode, também, interpretar a norma em tela em descompasso com os fundamentos da teoria da desconsideração. Quer dizer, na composição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilização de seus agentes. Se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente (ver o exemplo do início do capítulo envolvendo *Benedito* e *Carlos*), será possível, por meio da desconsideração das autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório no patrimônio das duas sociedades. (COELHO, 2012 p. 56)

Finalmente em 2002, com a edição de um novo Código Civil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passa a ter os contornos gerais do Direito Privado, nos termos do disposto pelo artigo 50, que assim prescreve:

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

Após a edição do Código Civil de 2002, a doutrina abandonou a nomenclatura de teoria da desconsideração da personalidade jurídica, diante de sua positivação, conforme ensina Tartuce (2014, p. 2018): "Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação, não é recomendável mais utilizar a expressão teoria, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência".

Para efeitos do presente trabalho, sem desconsiderar as demais legislações que tratam da desconsideração da personalidade jurídica, interessa o conteúdo trazido pelo Código Civil, em seu artigo 50, que se aplica às relações civis e empresariais, bem como traz um caráter restritivo da desconsideração. Neste sentido:

De qualquer modo, a desconsideração é medida extrema, excepcional, somente admitida episodicamente, quando presentes os requisitos legais. Por lógico, as regras sobre a desconsideração da personalidade jurídica reclamam interpretação restritiva, não sendo possível o seu elastecimento para alcançar situações não contempladas expressamente. É o que reconhece, inclusive, o Enunciado 146 da Jornada de Direito Civil: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade ou confusão patrimonial).” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 400)

Da leitura do artigo 50 do Código Civil, comparado com o texto das demais legislações que tratam do tema, percebe-se as diferenças entre os requisitos necessários à desconsideração, que serão abordados no item a seguir.

4.4 REQUISITOS MATERIAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica, a partir de agora tratada não mais como teoria, diante de sua positivação, é medida excepcional e, para ser aplicada, requer o preenchimento de alguns requisitos, que serão vistos adiante, em razão da preservação da do princípio da autonomia patrimonial.

Ratificando a excepcionalidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, Marlon Tomazette (2012, p.233-234), leciona:

A importância do princípio da autonomia patrimonial nos leva, todavia, a aplicar a desconsideração com cautela, apenas em casos excepcionais, atendidos determinados requisitos, vale dizer, a regra é que prevaleça o princípio da autonomia patrimonial. Apenas em situações excepcionais é que se pode cogitar da aplicação da desconsideração. Essas situações excepcionais representam os requisitos fundamentais de aplicação da desconsideração.

Antes de tratar especificamente dos requisitos para a desconsideração, é necessário analisar as teorias que fundamentam a aplicação do instituto, denominadas de teoria maior e teoria menor.

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, tem por elemento imprescindível: "a presença de fraude contra credores, abuso de direito ou desvio de finalidade, e ainda que, tais distorções estejam, de alguma forma, ligadas a manipulação da autonomia patrimonial" (SOUZA, 2006, p. 129).

Nota-se que a teoria maior está em conformidade com a redação do artigo 50 do Código Civil, que fala em abuso da personalidade, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Dessa forma, a teoria maior biparte-se em maior subjetiva: "na qual o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio de função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial [...]" (TOMAZETTE, 2012, p. 236-237); e maior objetiva.

Na teoria maior objetiva, o que importa é a confusão patrimonial, pouco importando que haja fraude ou abuso de direito, o que acarreta certo desprestígio ao princípio da autonomia patrimonial, inclusive há crítica da doutrina sobre esta divisão:

A adoção dos pressupostos da teoria subjetiva não é pacífica. Fábio Konder Comparato entende que tal formulação da desconsideração é equivocada, entendendo que é a confusão patrimonial o requisito primordial da desconsideração, desenvolvendo o que se costumou chamar de teoria objetiva. A confusão patrimonial é inexistência de separação clara entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos sócios ou administradores.

Sem sombra de dúvida, a confusão patrimonial é um sinal que pode servir, sobretudo, de meio de prova, para se chegar à desconsideração, mas não é o seu fundamento primordial. A confusão patrimonial não é por si só suficiente para coibir todos os casos de desvio da função da pessoa jurídica, pois há casos nos quais não há confusão de patrimônios, mas há o desvio da função da pessoa jurídica, autorizando a superação da autonomia patrimonial. Outrossim, há casos em que a confusão patrimonial provém de uma necessidade decorrente da atividade, sem que haja um desvio na utilização da pessoa jurídica. (TOMAZETTE, 2012, p. 237)

Dessa forma, percebe-se que a teoria maior, seja na vertente subjetiva, seja na objetiva, requer o abuso da personalidade jurídica, com o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

A teoria menor, por sua vez, é aquela em que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada quando houver a possibilidade de frustração do credor da pessoa jurídica, sem sequer mencionar fraude ou abuso de direito e confusão patrimonial, veja:

De outra banda, a teoria *menor* trata como desconsideração da personalidade jurídica toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio pessoal do sócio por obrigação da empresa. Fundamenta o seu cerne no simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 393)

O Código Civil, em seu artigo 50, adotou de forma clara a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor (artigo 28, parágrafo 5º), e a Lei nº 9.605/1998 (artigo 4º), adotaram a teoria menor.

Encerrando este assunto, Fábio Ulhoa Coelho entende que esta divisão entre teoria maior e teoria menor já não faz mais sentido atualmente:

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados. (2012, p. 51)

Superada a abordagem das teorias e, com referencial no artigo 50 do Código Civil, é necessário, então, verificar quais são os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica.

4.4.1 Abuso da personalidade jurídica

O Código Civil, ao prever a desconsideração da personalidade jurídica, como o fez no artigo 50, trouxe como requisito o abuso da personalidade jurídica, que é caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

O abuso pode se dar pela fraude e ocorre quando o sócio ou administrador, valendo-se da autonomia patrimonial conferida pelo Direito à empresa, age em nome desta, mas com interesses exclusivamente próprios, conforme elucida Alexandre Couto Silva (1999, p. 37): "o principal pressuposto de incidência da desconsideração é a intenção de usar, com fraude ou abuso de direito, o expediente da separação patrimonial entre sócio e sociedade".

A personalidade jurídica, sob a proteção e autonomia patrimonial, não pode ser utilizada de modo doloso, ilícito, pelos seus integrantes, pois além de outras violações, fere a sua função social. Assim sendo, pode-se falar que o uso

fraudulento, abusivo da personalidade jurídica equipara-se ao abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil. Sobre o assunto:

Essencialmente, não se admite o uso doloso (artigo 186) ou abusivo (artigo 187) da pessoa jurídica com o objetivo de praticar ato ilícito e, assim, causar danos a terceiro. O ato societário, nessas circunstâncias, será nulo (artigo 166, II, III e VI), devendo ser desconsiderado como tal para, assim, obrigar a seu verdadeiro responsável. Essa utilização ilícita da pessoa jurídica pode ser feita pelos sócios, pelo administrador, bem como por terceiro que, por meio de interpostas pessoas (mesmo jurídicas), manipula a personalidade jurídica para se beneficiar indevidamente. (MAMEDE, 2011, p. 154)

Com isso, ainda que o Código Civil, no artigo 50 não tenha mencionado a fraude de maneira explícita, compreende-se que ela se faz presente, sendo, também, uma das hipóteses autorizadoras da desconsideração da personalidade jurídica.

4.4.2 Desvio de finalidade

A finalidade é um assunto que, de certa forma, já foi tratado, desde o Capítulo 2 deste trabalho e, quanto às empresas, especialmente, quando do estudo da sua função econômica, social e solidária.

Ainda assim, este assunto por ter um peso relevante nas conclusões à frente, deve ser visto novamente, sob um novo prisma.

A pessoa jurídica, ao ser criada, tem uma finalidade a ser desempenhada, tanto o seu aspecto corporativo, quanto, econômico e social. O contrato social ou estatuto é o instrumento que determina estas finalidades e, quando a atuação afasta-se destas finalidades, ocorre o desvio, sobre o tema:

[...] o desvio de finalidade corresponde ao uso anormal da pessoa jurídica que consiste no desvirtuamento da sua finalidade institucional. À idéia de finalidade convém o conceito de função de modo que o desvio de finalidade seria, em verdade, um problema de disfunção no uso da pessoa jurídica. (ANDRADE FILHO, 2005, p. 113)

Ainda sobre o tema, Marlon Tomazette, citando outros autores e depois concluindo, aduz que:

Oksandro Gonçalves entende que o desvio de finalidade, a que se refere o artigo 50 do Código Civil, seria a prática de atos incompatíveis com o estatuto ou contrato social, estando ligada às

ideias de abuso e excesso de poder. Dentro dessa linha, a hipótese consagrada pelo Código Civil não envolveria exatamente a desconsideração, mas apenas mais um caso de responsabilidade direta dos sócios ou administradores.

De outro lado, Edmar Oliveira Andrade Filho afirma que o desvio de finalidade representa “um uso anormal da pessoa jurídica que consiste no desvirtuamento da sua finalidade institucional”. O desvio de finalidade representaria, em outras palavras, um desvio da função da pessoa jurídica, tanto como instituição como quando voltada a um fim específico que motivou a sua existência.

A nosso ver, o desvio de finalidade a que se refere o Código Civil envolve efetivamente o uso anormal da pessoa jurídica, representando a mais clara aplicação da finalidade da desconsideração, na medida em que ela nada mais é do que a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio, que é a pessoa jurídica. (2012, p. 254-255)

O desvio de finalidade não pode ser encarado tão e somente pelo uso anormal da pessoa jurídica, no que tange ao objeto estatutário ou contratual, por exemplo, uma padaria vendendo calçados. Este desvio deve ser visto de forma ampla: " O *desvio de finalidade* tem ampla conotação e sugere uma fuga dos objetivos sociais da pessoa jurídica, deixando um rastro de prejuízo, direto ou indireto, para terceiros ou mesmo para outros sócios da empresa" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 395).

Há também desvio de finalidade na empresa que, desenvolvida de atividade econômica, não faz a circulação de riquezas em conformidade com os mandamentos da ordem econômica constitucional, ou mesmo quando não almeja lucro, ferindo a função econômica da empresa.

Ainda, há um desvio, talvez até mais gravoso, que ocorre quando a pessoa jurídica age em afronta à função social à ela inerente, conforme extrai-se de Freitas (2002, p. 223):

A finalidade referida no artigo não diz respeito apenas àquela presente nos estatutos sociais, mas, sim, também aos objetivos sociais da pessoa jurídica que motivam a própria personalização da pessoa jurídica. Tal fim social encontra-se assegurado nos arts. 5º, XXIII, e 170, III, de nossa Magna Carta.

Em outras palavras, significa afirmar que a finalidade da pessoa jurídica não deve se restringir às previstas nos estatutos sociais da empresa, devendo ser analisada, também, a sua finalidade social.

Rubens Requião, o responsável pela introdução da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto ainda era teoria, em nosso ordenamento jurídico, já se manifestou sobre o tema:

O direito, enfim, foi criado em atenção ao indivíduo, tendo por objetivo ordenar sua convivência com outros indivíduos. O exercício de seus direitos, embora privados, deve atender a uma finalidade social. A função social do direito, que se refere, sobretudo aos contratos e à propriedade, deve pelo indivíduo ser atendida. Assim, o sujeito não exercerá seus direitos egoisticamente, mas tendo em vista a função deles, a finalidade social que objetivam. O ato, embora conforme a lei, se for contrário a essa finalidade, é abusivo e, em consequência, atentatório ao direito. (1988, p. 72-73) (SIC)

Assim, o desvio de finalidade previsto no artigo 50 do Código Civil, não diz respeito somente aos desvios do objeto social da pessoa jurídica, mas também às suas outras finalidades, tais como a econômica e social.

4.4.3 Confusão patrimonial

Este requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é, de certa forma, fácil de ser constatado e ocorre quando não se distingue o patrimônio dos sócios com o patrimônio da pessoa jurídica.

Lecionando sobre o tema, Mamede (2011, p. 155-156), entende que:

O embaralhamento de obrigações e faculdades da sociedade com as relativas a outros patrimônios, designadamente do sócio, administrador ou de outra entidade não é lícito, rompendo com os princípios que dão sustentação ao artifício jurídico da pessoa jurídica. Por isso, a verificação da confusão patrimonial caracteriza abuso no uso da personalidade jurídica, autorizando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade [...]

Extrai-se da citação acima que um dos princípios que dá suporte à existência da pessoa jurídica é o da autonomia patrimonial que, apesar de já abordado, deve ser lembrado, nas palavras de Coelho (2016, p. 70):

[...] em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade. Somente em hipóteses excepcionais, que serão examinadas a seu tempo, poderá ser responsabilizado o sócio pelas obrigações da sociedade.

Dessa forma, a pessoa jurídica, quando mal utilizada pelos sócios ou gestores, com a confusão de seus patrimônios, uma vez que um dos pilares de sustentação da pessoa jurídica é a autonomia patrimonial, autoriza a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas, desde que esta confusão seja fraudulenta, ou seja, o embaralhamento dos patrimônios, direitos e obrigações, cause prejuízos àqueles que com ela mantém relações.

Finalizando e, apenas para não haver omissão, o inadimplemento, por si só, não é requisito para a desconsideração da personalidade jurídica, salvo nas hipóteses já levantadas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.605/98.

4.5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Inicialmente esclarece-se que a Lei nº 13.105/2015, atual Código de Processo Civil, é a primeira legislação brasileira a tratar do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, nos artigos 133 a 137, na medida em que, antes dela, a jurisprudência era quem balizava a forma pela qual ela era aplicada.

O novo Código de Processo Civil, que a partir de agora será denominado simplesmente de Código de Processo Civil, pois é o único vigente em nosso ordenamento, introduziu a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica como um incidente processual, via de regra, na modalidade de intervenção de terceiros, veja:

O Código de Processo Civil inclui, entre as modalidades de intervenção de terceiro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso – será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente). Caso se decida por não ser caso de desconsideração, aquele que foi citado por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim sua participação. De outro lado, caso se decida pela desconsideração, o sujeito que ingressou no processo passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original. (CÂMARA, 2017, p. 110)

Como dito, em regra, a desconsideração da personalidade jurídica será um incidente processual. Todavia, esta regra é excepcionada quando o pedido de

desconsideração é feito logo na petição inicial, conforme dispõe o artigo 134, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, corroborado pela doutrina:

A invocação, na petição inicial de um processo de conhecimento ou de execução, fundada em título extrajudicial, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não faz instaurar o incidente de que cuidam os arts. 133 a 137 do CPC/1. Aliás, o próprio legislador deixa isto claro no § 2.º do art. 134. É que, constando, na petição inicial, a inclusão, no polo passivo, do sócio ou da pessoa jurídica integrante do mesmo grupo empresarial, cujo patrimônio a parte autora quer ver atingido, tal pessoa não será estranha ao processo, pois já o integra desde que ele nasceu. (WAMBIER et. al., 2015, p. 123-124)

Dessa forma, não há dúvidas de que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode ser feito diretamente na petição inicial, quando houver o preenchimento dos seus requisitos materiais; caso contrário, instaura-se o incidente, em outro momento processual.

Ainda sobre o momento, de acordo com o artigo 134 do Código de Processo Civil, o incidente pode acontecer em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título executivo extrajudicial.

Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 598-599), explica detalhadamente as formas e momento de se requerer a desconsideração da personalidade jurídica:

I – Desconsideração requerida com a petição inicial:

Pode o autor, ao ajuizar a ação, apresentar provas da utilização indevida da personalidade jurídica da empresa e requer a sua desconsideração, para atingir os bens particulares dos sócios ou administradores responsáveis pelos atos fraudulentos.

Nesse caso, o requerente promoverá a citação do sócio ou da pessoa jurídica para integrar a lide e contestar o pedido de desconsideração (art. 134, § 2º). Assim, não será necessária a instauração de um incidente específico, nem mesmo a suspensão do processo, na medida em que a defesa a respeito da desconsideração será apresentada pelos réus com a contestação. De igual forma, as provas eventualmente requeridas serão realizadas durante a instrução processual, devendo o juiz julgar o pedido de desconsideração com a sentença.

II – Desconsideração requerida como incidente:

Se o requerente não tiver conhecimento da fraude ao ajuizar a ação, o pedido pode ser feito posteriormente, durante a marcha processual, por meio de simples petição em que se comprovem os requisitos legais. Em tal circunstância, a instauração do incidente suspenderá o processo (art. 134, § 3º). O incidente pode ser instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, *caput*).

A instauração do incidente de desconsideração será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (art. 134, §

1º), em decorrência da ampliação subjetiva da relação processual originária. Além disso, o sócio ou a pessoa jurídica serão citados para apresentar defesa e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias (art. 135), a fim de cumprir-se a garantia fundamental do contraditório.

O incidente deverá ser julgado pelo juiz logo após a defesa ou depois de realizada a instrução, se necessária, por meio de decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento (arts. 136, *caput*, e 1.015, IV). Se o incidente for resolvido em sede recursal, pelo relator, a decisão será atacável por meio de agravo interno (art. 136, § 1º).

III – Desconsideração requerida em execução ou no cumprimento de sentença:

Na hipótese de a desconsideração da personalidade jurídica ser requerida nos autos da execução ou durante o cumprimento de sentença, mesmo quando a formulação do pedido se der na própria petição inicial ou no requerimento do cumprimento da sentença, será sempre obrigatória a observância do incidente regulado pelos arts. 134 a 136. É que o procedimento executivo, em sua forma pura, não tem sentença para resolver sobre a responsabilidade nova (a do sócio ou da pessoa jurídica não devedores originariamente) e, sem tal decisão, faltará título executivo para sustentar o redirecionamento da execução. Somente, portanto, por meio do procedimento incidental em tela é que, cumprido o contraditório, se chegará a um título capaz de justificar o redirecionamento. Cabe, pois, ao incidente a função de constituir o título legitimador da execução contra aqueles a que se imputa a responsabilidade patrimonial pela obrigação contraída em nome de outrem.

De acordo com os ensinamentos acima, ainda que detalhados, podem surgir dúvidas sobre o cabimento do pedido no segundo grau de jurisdição. Sobre o assunto, já existe manifestação positiva:

[...] não há limite procedimental para a arguição da desconsideração da personalidade jurídica, podendo essa pretensão ser formulada em qualquer fase do processo de conhecimento, inclusive em grau de recurso, salvo no âmbito do recurso especial ou extraordinário quando não há possibilidade de análise da matéria de fato. (SOUZA, 2015, p. 748)

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se, sem qualquer dúvida, para os casos em que impera a teoria maior da desconsideração (artigo 50 do Código Civil), mas também deve ser seguido nas hipóteses de aplicação da teoria menor (BUENO, 2015, p. 189).

No que tange à legitimidade para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil (artigo 133), acompanhou a regra do artigo 50 do Código Civil, prevendo que cabe ao Ministério Público e à parte requerer, não podendo o juiz instaurá-lo de ofício, neste sentido:

O art. 133, *caput*, do Novo CPC prevê expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, com o que afasta a possibilidade de o juiz instaurar o incidente ora analisado de ofício. Já era nesse sentido a previsão do art. 50 do CC. A legitimidade do Ministério Público, apesar de o artigo ora mencionado sugerir ser ampla, deve ser limitada à hipótese em que participa do processo como autor, não havendo sentido em se admitir tal pedido quando funciona no processo como fiscal da ordem jurídica. (NEVES, 2016, p. 481)

Sobre a legitimidade do pedido pelo Ministério Público, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, entende que, como o artigo 133 *caput* não limita as hipóteses, o órgão de execução pode requerer a desconsideração tanto quando atua como parte, quanto quando atua como fiscal da lei, mas desde que sua intervenção seja necessária ao processo (2016, p. 261).

Com relação ao procedimento, o Código de Processo Civil, no parágrafo 1º, do artigo 134 determina a imediata comunicação do procedimento ao cartório distribuidor, para as anotações devidas. Todavia, resta uma indagação, em qual momento inicia-se o procedimento, com o requerimento da parte ou do Ministério Público, ou com a decisão do juiz? Sobre esse assunto:

Impende determinar, em primeiro lugar, qual o momento em que se deve considerar instaurado o incidente. É que poderia parecer, numa interpretação apressada, que bastaria a parte (ou o Ministério Público) peticionar requerendo a instauração do incidente que já se poderia considerar o mesmo instaurado. Assim não é, porém. É que a petição pela qual se requer a instauração do incidente precisará necessariamente preencher alguns requisitos (art. 134, § 4º). Assim, vindo a petição a juízo, deverá ser realizado um juízo de sua admissibilidade e, caso seja o mesmo negativo, não se instaurará o incidente.

Assim, deve-se considerar instaurado o incidente apenas a partir do momento em que se profira decisão admitindo-o. Neste pronunciamento, então, incumbirá ao juiz determinar a expedição de ofício dirigido ao distribuidor, para que ali promova as necessárias anotações. (CÂMARA, 2017, p. 113)

Assim, percebe-se que o incidente somente será instaurado após o juízo de admissibilidade e não simplesmente com um simples pedido; após, se positivo, o juiz determinará que o cartório distribuidor faça as devidas anotações.

Com a regulamentação do incidente de desconsideração pelo Código de Processo Civil, encerrou-se a discussão sobre a tese da decadência de direito potestativo para requerer a desconsideração da personalidade jurídica (SOUZA, 2015, p. 748). No mesmo sentido:

Na doutrina muito se discutiu a respeito do momento adequado para a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, não havendo que falar em decadência de um direito potestativo. (NEVES, 2016, p. 481)

Corroborando com a doutrina, destaca-se o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DIREITO POTESTATIVO. INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL. 3. APLICAÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS PREVISTOS NOS ARTS. 1.003, 1.032 E 1.057 DO CC. IMPOSSIBILIDADE 4. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SÓCIO PARA RESPONDER À DECISÃO QUE DEFERIU A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COISA JULGADA E RECONHECIMENTO DE QUE HOUVE COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO NO FEITO. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 5. LIMITAÇÃO DA EXECUÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS DO SÓCIO. IMPOSSIBILIDADE. 6. REVISÃO DE CÁLCULOS DO CONTADOR. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 7. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 2. Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inextinguibilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo. Precedente. 3. Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1.032 e 1.057 do CC), uma vez que institutos diversos. 4. A alegação de nulidade, por ausência de intimação para responder ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica, foi afastada pelo Tribunal de origem por se tratar de questão coberta pelo manto da coisa julgada, bem como por ter o ora recorrente comparecido espontaneamente nos autos, questionando a regularidade de sua inclusão no processo, não podendo a questão ser revista em âmbito de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte. 5. Não havendo nenhuma restrição legal, notadamente no art. 50 do CC, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, a execução contra os sócios não fica limitada às suas respectivas quotas sociais. Precedentes. 6. A verificação da correção dos cálculos elaborados pelo contador, e considerados como corretos pelo Tribunal estadual, demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável nesta fase recursal pelo óbice da Súmula 7 desta Corte Superior. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. [...] (STJ - RE nos EDcl no AgRg no AREsp: 764058 RS 2015/0205176-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 19/12/2017).

Superada a questão do prazo e, continuando sobre o procedimento, o incidente, após instaurado, suspende o processo principal, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 134 do Código de Processo Civil, salvo, por óbvio, quando o pedido de descon sideração vier formulado na petição inicial. Sobre a suspensão vale alertar que:

Afirma o texto do art. 134, § 3º, que a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica implica a suspensão do processo. Trata-se, porém, de *suspensão imprópria*. É que, por definição, a suspensão do processo é a sua *paralisação total e temporária*. Significa isto dizer que, suspenso o processo, neste não será possível praticar-se qualquer ato processual (com a única ressalva dos atos urgentes, necessários para evitar dano irreparável), como se extrai do disposto no art. 314. Ora, se o incidente de descon sideração da personalidade jurídica implicasse mesmo a suspensão do processo, ter-se-ia um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente, mas, de outro lado, não se poderia resolver o incidente porque o processo estaria suspenso.

Fica claro, então, que não se está diante de verdadeira e própria suspensão do processo. O que se tem é, apenas, a vedação à prática de certos atos do processo (aqueles que não integram o procedimento do incidente), o que perdurará até que o incidente de descon sideração seja decidido. Há, pois, apenas uma *suspensão imprópria*, assim considerada a vedação temporária à prática de alguns atos do processo, permitida a prática de outros (no caso, é permitida apenas a prática dos atos processuais referentes ao processamento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica). (CÂMARA, 2017, p. 114-115)

Com isso, denota-se que a suspensão do processo não é total, mas apenas naquilo que toca à própria descon sideração da personalidade jurídica, ainda que uma interpretação apenas literal do artigo 134, parágrafo 3º do Código de Processo Civil indique que todo o processo ficará suspenso; todavia, parece mais correta a interpretação da doutrina que entende pela suspensão de determinados atos.

Já com relação à petição que inicia o incidente, o artigo 134, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, exige que o requerimento demonstre o preenchimento dos pressupostos legais para a descon sideração, ou seja, exige-se a prova (pré-constituída), dos requisitos materiais. Todavia, esta regra impõe uma dificuldade ao credor e pode, até mesmo, esvaziar o instituto. Neste sentido:

Na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a descon sideração, tendo o direito a produção de prova para convencer o juízo de sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos arts. 135 e

136 do Novo CPC, ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória no incidente ora analisado. (NEVES, 2016, p. 482)

O entendimento doutrinário acima citado não é por acaso, na medida em que o artigo 136 do Código de Processo Civil, menciona a fase de instrução (momento probatório), razão pela qual a exigência de o credor apresentar prova pré-constituída dos requisitos materiais, no pedido, é exagerada.

Sem embargo do entendimento acima, é necessário demonstrar, também, que o requerimento de desconsideração não pode ser feito sem qualquer elemento mínimo de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, conforme defende Câmara (2017, p. 115):

No ato de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconsideração (os quais, como visto, serão os estabelecidos na lei substancial). É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos.

Incumbirá ao juiz, pois, exercer cognição sumária, a fim de afirmar se é ou não *provável* a existência dos requisitos da desconsideração. Não estando presentes tais elementos, e não se podendo sequer afirmar que é provável o preenchimento dos requisitos da desconsideração [...].

Com isso, afigura-se possível que a interposição de recursos, sob o argumento do cerceamento de defesa, se o juízo intimar a parte requerente para comprovar os requisitos materiais para a desconsideração.

Instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em respeito ao contraditório e a ampla defesa, deverá ocorrer a citação do sócio ou da pessoa jurídica, para que se manifestem, requerendo provas, no prazo de quinze dias, conforme texto do artigo 135, do Código de Processo Civil. Neste sentido:

Instaurado o incidente, o terceiro será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis, em quinze dias (art. 135, CPC). Com essa regra, concretiza-se o princípio do contraditório. Conforme sempre defendemos neste Curso, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância do princípio do contraditório. O dispositivo encerra, assim, antiga controvérsia. (DIDIER JR., 2015, p. 521)

A controvérsia mencionada pelo doutrinador acima, diz respeito aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, tratando da necessidade de se observar o

contraditório, de forma regular ou diferida, antes da promulgação do atual Código de Processo Civil, como por exemplo ocorreu nos seguintes acórdãos:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (CC/2002, ART. 50). SOCIEDADE EMPRESÁRIA IMPETRANTE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA FALIDA. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LIV E LV). RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da sociedade empresária falida, quando a estrutura deste é meramente formal, sendo desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para a verificação de fraude ou confusão patrimonial. Precedentes. 2. No caso, entretanto, houve violação formal ao *due process of law*, em seu consectário princípio do contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV), pois a sociedade empresária atingida pela desconsideração não teve oportunidade de se manifestar acerca da medida que lhe foi imposta. 3. Não se pode adotar medida definitiva que afete bem da vida em determinada instância judicial sem que se garanta o contraditório. A validade das decisões judiciais requer a observância de um processo justo, em suas dimensões formal e material. 4. Necessário assegurar à impetrante o direito de ser ouvida no juízo da falência acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em relação à sua pessoa, podendo deduzir as alegações que entender relevantes e requerer produção de provas, cabendo ao il. julgador deliberar como entender de direito. 5. Recurso ordinário parcialmente provido. (STJ, 4.ª Turma, RMS 29.697/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 23.04.2013, DJe 01.08.2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO E DIREITO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA DOS SÓCIOS ATINGIDOS. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR. PENHORA, EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, DAS QUOTAS SOCIAIS EM SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMBINAÇÃO DO ARTIGO 1.026 CÓDIGO CIVIL COM ARTIGO 655, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEFERIMENTO EM ÚLTIMO CASO, MEDIANTE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE OUTROS BENS DO DEVEDOR E SE NÃO HOUVER LUCRO A SER DISTRIBUÍDO AOS SÓCIOS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CONSERVAÇÃO DA EMPRESA E DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO. 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "a superação da pessoa jurídica afirma-se 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". Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ. [...] (STJ, Decisão Monocrática,

Resp 1.685.903/MA, rel. Min Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.09.2017, DJe 29.09.2017).

Como visto, havia decisão em ambos os sentidos, antes da regulamentação do procedimento. Todavia, atualmente, apesar de se exigir o contraditório prévio, nada impede que, em casos excepcionais, o juiz possa diferi-lo, assim como ocorre na tutela provisória de urgência.

Citado o sócio ou a pessoa jurídica, estes devem apresentar defesa, requerendo as provas que pretende produzir. Não apresentada defesa, no prazo de quinze dias, ocorrerá a revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo credor. Ressalta-se que se admite, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a produção de todos os meios de prova, típicos ou atípicos, desde que moralmente legítimos (CÂMARA, 2017, p. 117).

Após instruído o incidente, o juízo proferirá decisão de mérito, resolvendo-o, seja para acolher ou rejeitar a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica, cuja natureza jurídica é de decisão interlocutória, conforme afirmado pelo próprio artigo 136 do Código de Processo Civil.

Esta indicação pelo legislador é pontual, na medida e que o recurso cabível contra esta decisão é o de agravo de instrumento, previsto expressamente no artigo 1.015, inciso IV, do Código de Processo Civil, que prevê rol taxativo, apesar das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais 1.696.396 e 1.704.520, com repercussão geral, admitindo a ampliação deste rol.

É possível, ainda que a decisão reconhecendo a desconsideração da personalidade jurídica ocorra no Tribunal, ocasião em que o recurso cabível será o agravo interno:

Deixando claro que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer no tribunal, o parágrafo único do art. 136 do Novo CPC prevê o cabimento de agravo interno caso a decisão seja proferida pelo relator. Entendo que o incidente ora analisado pode ser instaurado em processo de competência originária do tribunal e também em grau recursal, diante da previsão do art. 134, *caput*, do Novo CPC, que permite sua instauração em todas as fases do processo de conhecimento. (NEVES, 2016, p. 489)

Finalmente e, encerrando o assunto, o artigo 137 do Código de Processo Civil, trata dos efeitos da decisão que acolhe o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para reconhecer que a alienação ou oneração dos bens, serão tidas por fraudulentas e ineficazes em relação ao requerente.

Com o acolhimento do pedido e aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, como visto, o princípio da autonomia patrimonial é afastado e os bens dos sócios e administradores responderão pelos débitos da pessoa jurídica. Mas além disso, esta decisão produz efeitos processuais, conforme aponta Câmara (2017, p. 119):

A decisão que acolhe a pretensão de desconsideração da personalidade jurídica produz dois efeitos processuais. O primeiro deles, mencionado pouco acima, é a extensão da responsabilidade patrimonial a um responsável não devedor (o sócio ou, nos casos de desconsideração inversa, a sociedade). O segundo efeito processual dessa decisão é a ineficácia, em relação ao requerente, de atos de alienação ou oneração de bens realizada pelo requerido, desde que presentes os demais requisitos para a configuração da fraude de execução. [...].

Este segundo efeito processual indicado acima, merece uma rápida e melhor análise, quanto ao termo inicial da oneração ou alienação fraudulenta, neste sentido:

Da mesma forma que se passa com a fraude cometida dentro da execução ordinária, a presunção legal de fraude do art. 137 pressupõe que o sujeito passivo da desconsideração da personalidade jurídica já tenha sido citado para o incidente, quando praticar o ato de disposição (art. 792, § 3º). Justifica-se a fixação desse termo *a quo* pela circunstância de que o sujeito passivo do processo só se integra a ele por meio da citação. Portanto, só pode fraudar a execução quem dela já faça parte. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p 600)

Para melhor elucidar a questão da fraude à execução, faz-se referência ao que foi tratado no capítulo 3.

4.6 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

Encerrando o capítulo, o assunto em questão é o que mais interessa quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, relativamente às sociedades patrimoniais.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é aplicada quando sócios utilizam, de maneira indevida, a pessoa jurídica, escondendo o seu patrimônio pessoal na pessoa jurídica, vendendo ou integralizando-o, impossibilitando aos seus credores de alcançarem seus bens.

O Código Civil não a prevê, todavia, sua aplicação já foi reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, tanto que o legislador inseriu-a no artigo 133,

parágrafo 2º do Código de Processo Civil, aplicando-se o mesmo procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em sua forma tradicional:

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa, o sócio figura como devedor e a sociedade empresarial como responsável patrimonial secundária, quando se constata que o sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a sociedade empresarial com o objetivo de frustrar a satisfação dos direitos de seus credores. O § 2.º do art. 133 do Novo CPC não consagra legislativamente essa espécie atípica de desconsideração, limitando-se a prever que o incidente criado também a ela será aplicado. (NEVES, 2016, p. 480)

Já Marlon Tomazette, lecionando sobre o tema, explica que:

A par da construção tradicional da desconsideração da personalidade jurídica, com responsabilização de sócios ou administradores por obrigações da sociedade, vem se discutindo a possibilidade de aplicação da desconsideração no sentido inverso, isto é, “o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”. Em outras palavras, “a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao 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.” (2012, p. 271-272).

Ou seja, a desconsideração inversa terá espaço sempre que o sócio utilizar-se indevidamente da pessoa jurídica, com a finalidade de ocultar seus bens pessoais, transferindo-os para a sociedade, confundindo os patrimônios com a única intenção de fraudar seus credores. A desconsideração inversa é mais comumente aplicada nos casos de alimentos e partilha.

Um dos pressupostos para a aplicação da desconsideração inversa é o abuso da personalidade jurídica, que se revela no desvio de finalidade e na própria confusão patrimonial, na tentativa de se esvaziar o patrimônio pessoal do sócio, em detrimento do direito de crédito de terceiros, neste sentido:

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. (COELHO, 2012, p. 50)

A desconsideração inversa, para ser aplicada deve preencher os mesmos requisitos da desconsideração tradicional, ou seja, aqueles previstos no artigo 50 do Código Civil, se versar sobre relações civis e empresariais, ou conforme o previsto

nas legislações correlatas que tratam sobre o tema, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a necessidade de preenchimento dos requisitos:

A aplicação da desconsideração inversa segue os mesmos requisitos da direta, ou seja, pressupõe abuso de direito, consubstanciado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial. Deve-se ressaltar, todavia, que se trata de “medida excepcional” e que, por isso, “somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos legais previstos no art. 50 do Código Civil brasileiro.” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 407)

Por vezes, o abuso da personalidade jurídica, com a confusão patrimonial, realizada por um dos sócios, pode não ser de conhecimento de todos os integrantes da pessoa jurídica e, a depender do caso, a desconsideração inversa da personalidade jurídica pode demonstrar-se mais vantajosa à sociedade, com a penhora de seus bens, do que a penhora de quotas sociais, que permitirá o ingresso de terceiro estranho no quadro societário, tornando a execução mais gravosa.

É o que acontece no caso das sociedades patrimoniais, que são constituídas em forma de sociedade de pessoas, com *affectio societatis* e, a penhora de um bem para o pagamento de dívidas pessoais do sócio pode apresentar-se como menos gravoso do que a penhora das quotas do sócio devedor, fazendo com que sua dívida responsabilize a sociedade toda.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é o instrumento que mostra-se mais útil quando se fala em sociedade patrimonial, na medida em que, conforme estudado no capítulo anterior, nestas sociedades é que se encontram os bens imóveis que antes pertenciam aos sócios e foram integralizados no capital social.

Assim, desde que obedecida a ordem preferencial de bens penhoráveis (artigo 835 do Código de Processo Civil), e não encontrados outros bens do devedor, integrante de uma sociedade patrimonial e, preenchidos os demais requisitos materiais para a desconsideração, afigura-se útil a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Finalizando, cumpre destacar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA

PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02. 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. 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. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial. (STJ - REsp: 1236916 RS 2011/0031160-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2013).

4.7 APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA SOCIEDADE PATRIMONIAL

Antes mesmo de se estudar a questão da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica às sociedades patrimoniais, principalmente na sua modalidade inversa, na medida em que os bens imóveis, pertencem à pessoa jurídica, após a sua constituição e registro, faz-se necessário distinguir os conceitos econômicos de lucro e renda, na medida em que estes serão relevantes às conclusões apresentadas.

De acordo com as Ciências Econômicas e Contábeis, renda e lucro são coisas distintas, uma vez que decorrem de situações diferentes, apesar de ambas referirem-se ao aumento de riquezas, conforme a teoria capitalista.

Inicialmente, destaca-se que o lucro corresponde a uma porção de riqueza, com origem no desenvolvimento de alguma atividade econômica, excedente ao capital investido. Sobre o conceito:

No âmbito da sociedade capitalista, caracterizada pela propriedade privada de recursos econômicos, o lucro é a remuneração pelo uso do fator de produção Capacidade Empresarial, considerando-se a combinação dos demais fatores de produção (Terra, Capital e Trabalho). Cada fator recebe uma recompensa pela sua participação no processo de produção, sendo que as remunerações pelo uso da Terra, Capital e Trabalho são, respectivamente, Renda de Terra, Juro e Salário. O lucro é, em suma, a recompensa e a motivação para a instalação e continuidade de um empreendimento na sociedade capitalista. (FUJI, 2004)

E mais:

O conceito de lucro contábil, independentemente da forma como é aplicado, possui suas raízes filosóficas nos conceitos econômicos de lucro, capital e manutenção do capital ou da riqueza. Neste contexto Hendriksen reporta-se a obra de Irving Fisher, "The Nature of Capital and Income" (1906), mencionando que "nos termos do economista Irving Fisher, capital é um estoque de riqueza num instante de tempo. Lucro é um fluxo de serviço através do tempo... Quanto esses termos relacionados à empresa de negócios, no entanto, eles tomam um sentido levemente diferente. Na definição acima, lucro é o prazer pelo uso do capital; no entanto, uma empresa de negócios não existe para esta finalidade. Seu propósito 'é proporcionar um fluxo de riqueza para o benefício de seus proprietários. Enquanto que capital ainda é um estoque de riqueza que pode serviços futuros, lucro imaginado como o fluxo de riqueza ou serviços em excesso aquele necessário para manter o capital constante." (GUERREIRO, 1991)

Assim, de acordo com a doutrina acima, o lucro decorre de uma atividade exercida, durante um período de tempo, proporcionando um aumento de riqueza, mediante uma combinação de fatores, como por exemplo o trabalho.

Sobre o conceito de renda, pode-se dizer que:

A gênese do conceito de renda capitalista é complementada pelo fato de que a Economia Política herdou o conceito de renda dos fisiocratas. Assim, tanto o conceito de renda, quanto os pressupostos básicos da teoria de renda, decorrem da maneira pela qual Adam Smith efetua a incorporação da categoria 'renda' em sua teoria do capital. Ora, Smith já negava à terra o atributo de ser 'fonte de toda riqueza', como era tido pelos fisiocratas, atribuindo este ao trabalho, mas conservava a visão – que viria a ser conservada por toda a história da Economia Política – de que a terra é um *recurso natural* e a noção que daí decorre, a saber, que a renda é um pagamento por uma dívida da natureza 'monopolizada' por uma classe. [...] *Em suma*: o conceito de renda no pensamento da economia clássica da linhagem Smith–Ricardo–Marx é de que a renda é um pagamento de

transferência do excedente do trabalho entre duas classes: dos capitalistas aos proprietários de terra, em troca de direitos de uso desse recurso natural – dádivas da natureza – monopolizado por aqueles últimos enquanto classe. (DEÁK, 1992, p. 47-48)

A renda, por sua vez, em uma analogia ao Direito Civil, pode ser considerada como os frutos/produtos da coisa, na medida em que não exige uma combinação de fatores (capital e trabalho, por exemplo), muito menos o desenvolvimento de uma atividade econômica, basta, para alcançá-la, extrair da coisa a porção de riqueza que ela pode gerar.

A partir destes conceitos, considerados antecedentes imprescindíveis às conclusões a seguir, pode-se trabalhar a possibilidade de descon sideração ou não da personalidade jurídica da sociedade patrimonial.

Relembrando que, em linhas gerais, os requisitos para a descon sideração, quando aplicada a teoria menor, basta a insolvência do devedor, enquanto que, quando aplicada a teoria maior, é necessário o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Mostra-se relevante, também, lembrar que a sociedade patrimonial pode ser constituída na forma de sociedade simples ou sociedade empresária, sendo que há diferenças entre elas, conforme exposto nos capítulos dois e três deste trabalho.

Assim, indiferentemente da forma como constituída a sociedade patrimonial, é nítida a possibilidade de se descon siderar a personalidade jurídica, quando for aplicada a teoria menor, na medida em que o único requisito necessário é a insolvência da sociedade devedora.

É possível à sociedade patrimonial praticar atos/negócios jurídicos, cuja natureza jurídica atraia a incidência da teoria menor, como é o caso da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando ela locar os bens imóveis pertencentes ao seu acervo, figurando na qualidade de fornecedora.

Outra situação que se mostra possível é a da ocorrência de algum dano ambiental em imóvel de sua propriedade.

No tocante à descon sideração inversa da personalidade jurídica, referente à teoria menor, esta pode ocorrer em caso de dívidas trabalhistas dos sócios.

Assim, mostra-se plenamente possível a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade patrimonial, quando for aplicada a teoria menor da descon sideração.

Todavia, no tocante aos casos da aplicação da desconsideração pela teoria maior, é possível anotar algumas restrições, diferenciando-se os casos de sociedade patrimonial empresária e sociedade simples.

Reitera-se que a forma mais usual de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, em caso de sociedades patrimoniais, é a da sua forma inversa, na medida em que, raras as vezes em que a esta sociedade contrairá dívidas.

Em relação à confusão patrimonial, remete-se ao que foi exposto no item 4.4.3 deste trabalho, lembrando que esta ocorrerá na hipótese de um embaralhamento de direitos e obrigações, concernentes ao patrimônio, relativo à pessoa jurídica e respectivos sócios, não distinguindo-se o seu real proprietário.

Se observada esta confusão e, este embaralhamento prejudicar direitos de credores, sem sombra de dúvidas que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada.

No tocante à sociedade patrimonial, tanto faz se constituída de forma empresarial ou na forma de sociedade simples, para a desconsideração da personalidade jurídica, com base na confusão patrimonial.

Ressalta-se que a transferência dos bens imóveis em integralização do capital social, por si só, não implica em confusão patrimonial, na medida em que trata-se de uma atitude legal, mediante um planejamento tributário e sucessório, em conformidade com os ditames da lei, portanto, justificável a medida.

Sobre o uso destes bens imóveis da sociedade patrimonial pela pessoa natural dos sócios, como acontece com a residência, por exemplo, justifica-se este uso através de um contrato de locação ou comodato, pelo qual transfere-se a posse direta ao sócio, mantendo-se a indireta com a sociedade patrimonial, evitando-se, assim a confusão patrimonial.

Uma curiosidade sobre a integralização do bem imóvel que serve de moradia, diz respeito à proteção deste como bem de família, na medida em que é possível interpretar que ele perde este caráter com a transferência para uma pessoa jurídica.

Todavia, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o imóvel conserva a característica de bem de família, pois a intenção da lei é proteger o direito de moradia e não o de propriedade. Neste sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO
REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONSTRIÇÃO DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE SOCIEDADE COMERCIAL UTILIZADO COMO RESIDÊNCIA DOS SÓCIOS. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. ART. 1º DA LEI 8.009/90. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que o benefício conferido pela Lei 8.009/90 se trata de norma cogente, que contém princípio de ordem pública, e sua incidência somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita no art. 3º da Lei 8.009/90.

2. A jurisprudência desta egrégia Corte orienta-se no sentido de considerar que é 'impenhorável a residência do casal, ainda que de propriedade de sociedade comercial' (REsp 356.077/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2002, DJ de 14/10/2002, p. 226). Precedentes.

3. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(STJ, EDcl no AREsp 511.486/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 10/03/2016)

Além disso, para que a sociedade patrimonial não ofenda seu objeto social (administradora de bens imóveis), ressalta-se que os outros bens pertencentes aos sócios devem permanecer em seu patrimônio pessoal, tal como dinheiro, títulos, valores mobiliários e automóveis.

O sócio de uma sociedade patrimonial ao manter em seu patrimônio os bens acima indicados, mantém comportamento probo e de boa-fé, ao não esvaziar seu patrimônio. E mais, em caso de eventual débito e, respeitando-se a ordem preferencial de penhora, prevista no artigo 835 do Código de Processo Civil, os bens imóveis não podem ser alcançados imediatamente, devendo-se buscar primeiro os elencados no artigo citado.

Assim, por se tratar a desconsideração da personalidade jurídica de uma medida excepcional, a existência de outros bens no patrimônio do sócio não dá ensejo automático à sua aplicação.

Já no requisito do desvio de finalidade, é possível apontar um ponto distinto entre a sociedade patrimonial simples e a empresária.

A sociedade patrimonial quando constituída na forma de sociedade empresária, além da conformação ao seu objeto social - administradora de bens imóveis próprios, para não incorrer em desvio de finalidade, deve obediência à função econômica, social e solidária da empresa, em conformidade com o que restou apontado nos itens 2.4.1 e 2.4.2 deste trabalho.

Adotando-se os conceitos de lucro e renda expostos no início deste capítulo e, de acordo com a atuação da sociedade patrimonial, percebe-se que esta não exerce atividade econômica, de forma organizada, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, visando lucro, mas apenas recebe renda.

Assim, nota-se que existe um desvio de finalidade, por violação da função econômica da empresa.

Por outro lado, há um entendimento de que a empresa não tem função exclusiva de gerar lucro, tal qual como ocorre nas empresas sociais, que tem uma estrutura parecida com a de uma empresa convencional e sua atuação pode até gerar lucro, mas seu objetivo é o ganho social e sua meta financeira é a de, ao menos, cobrir os custos (TOLEDO; SILVA apud MÉO, 2014, p. 209).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o artigo 966 do Código Civil, entendem que o requisito proposto pelo legislador é o exercício de atividade econômica organizada e não lucro, na medida em que pode-se alcançar resultado econômico diverso (2013, p. 1002).

Corroborando este entendimento:

Neste mesmo sentido, Adalberto Simão Filho, em artigo que trata sobre a *nova empresarialidade*, também aponta que o conceito legal de sociedade empresária não está intrinsecamente referido à busca do lucro, mas sim ao exercício organizado de uma atividade econômica, pois "O fato de a atividade ter natureza econômica, não leva à conclusão de que necessariamente a mesma deva buscar o lucro". (MÉO, 2014, p. 217)

E mais:

Conclui o autor que, ao contrário da visão clássica sustentada por autores como Carvalho de Mendonça, Sylvio Marcondes e Cretella Júnior, a atual sociedade fez com que essa visão antiquada fosse superada, pois existem sociedades empresárias que não foram criadas apenas ou exclusivamente para a obtenção de lucro, mas sim para a obtenção de resultados. Ressalta, ainda, que não ter lucro como objetivo final não significa que a sociedade empresária se sustentará com prejuízos, mas que, "dependendo da forma como a questão for internalizada no seio da empresa, poderá resultar no sensível acréscimo do lucro". (MÉO, 2014, p. 217)

Conforme o entendimento doutrinário acima exposto, denota-se que o lucro não é o objetivo final de uma empresa, mas sim consequência do exercício de sua atividade econômica, profissionalmente organizada. Dessa forma, o lucro não pode ser considerado como uma característica inerente ao conceito de empresa, muito menos considerado, por si só, na sua função econômica.

Assim, com fundamento na parte da doutrina que entende que o lucro não é elemento caracterizador da função econômica da empresa, não há que se falar em desvio de finalidade da sociedade patrimonial, pelo recebimento dos rendimentos advindos dos bens imóveis por ela administrados.

Além disso, a sociedade patrimonial empresária deve, também, atuar em conformidade com a função social e solidária da empresa, preocupando-se, não só com seus interesses próprios, mas também com a coletividade em geral.

Dessa forma, caso a sociedade patrimonial empresária não apresente condutas em benefício à sociedade, incorrerá em violação à função social e solidária da empresa, atuando em patente desvio de finalidade.

A jurisprudência já se manifestou sobre a desconsideração da personalidade jurídica, por desvio de finalidade, em caso de violação da função social da empresa.

Neste sentido:

Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica. Aplicabilidade. Confusão patrimonial. Desvio fraudulento de bens. Desvirtuamento da função social da empresa. Prejuízo social. A lei civil é clara ao exigir, para a desconsideração da personalidade jurídica, a prova de que o abuso da personalidade jurídica se dá por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Havendo prova robusta de que uma empresa foi criada para servir de subterfúgio à outra, que a utiliza para desvio de bens, confusão patrimonial, desvirtuamento da **função social da empresa**, fraude ao fisco e falência fraudulenta, a extensão dos efeitos da falência à empresa "laranja" e a desconsideração de sua personalidade jurídica são medidas que impõem.

(TJ-RO - AI: 15043082120028220010 RO 1504308-21.2002.822.0010, Relator: Juiz Glodner Luiz Pauletto, Data de Julgamento: 25/02/2009, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 05/03/2009.) g.n.

Agravo de instrumento interposto contra decisão que em execução de título extrajudicial deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da devedora que está inconformada porque a medida é excepcional e só deve ser adotada em casos de desvio de finalidade não verificados - Não acolhimento - Sociedade encerrada de forma irregular ? **Notório desvio da função social da empresa, com sua derrocada administrativa e financeira - Incidência do art 50, do CC/02** - Recurso não provido.

(TJ-SP - AI: 990093145316 SP, Relator: Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 21/01/2010, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/02/2010) g.n.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA - BAIXA POR "OMISSÃO CONTUMAZ" PERANTE A RECEITA FEDERAL -

INDEFERIMENTO - INSURGÊNCIA - ALEGAÇÃO DE POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ACOLHIMENTO - PROVA DE QUE A PESSOA JURÍDICA EM DISCUSSÃO NÃO CUMPRE SUAS OBRIGAÇÕES, AO MENOS, DESDE 2010, BEM COMO INDÍCIOS DE NÃO CUMPRIMENTO DE OUTRAS OBRIGAÇÕES ANTERIORES - SÓCIOS NÃO ENCONTRADOS, APÓS DIVERSAS TENTATIVAS DE CITAÇÃO - CITAÇÃO POR EDITAL - DESÍDIA DOS SÓCIOS QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS PELA PESSOA JURÍDICA - VIOLAÇÃO AO DEVER DE LEALDADE PARA COM SEUS Agravos de Instrumento n.º 1.508.241-4 fls. 2 INTERESSES PRESENTES NO OBJETO SOCIAL - "OMISSÃO CONTUMAZ", CONJUNTAMENTE ÀS PARTICULARIDADES DO CASO, **QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, VIOLAÇÃO QUE DESEMBOCA EM DESVIO DE SUA FINALIDADE** - POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE SEUS SÓCIOS - PRESENÇA DE ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA - PRECEDENTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AUTORIZADA - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 6ª C.Cível - AI - 1508241-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Anderson Ricardo Fogaça - Unânime - - J. 26.07.2016)
(TJ-PR - AI: 15082414 PR 1508241-4 (Acórdão), Relator: Anderson Ricardo Fogaça, Data de Julgamento: 26/07/2016, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1858 08/08/2016) g.n.

Dessa forma, considerando todos os elementos expostos até aqui, é possível afirmar-se que a sociedade patrimonial empresária, ao não exercer atividade econômica, em conformidade com a função econômica da empresa, bem como, ao não atuar com função social e solidária, estará sempre em desvio de finalidade, sujeitando-se, portanto, à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, na sua forma regular ou na forma invertida.

Por outro lado, a sociedade patrimonial, constituída na forma de sociedade simples, não tem dever de obediência à função econômica da empresa, muito menos à função social e solidária, apesar de que deveria, por se tratar de conduta benéfica à toda sociedade.

Na medida em que atua apenas para extrair a renda dos imóveis por ela administrados, pertencentes ao seu acervo patrimonial, bem como para servir aos fins do planejamento tributário e sucessório, para que se aplique a desconsideração da personalidade jurídica, com fundamento no desvio de finalidade, deverá o credor do sócio ou da sociedade, provar que a sociedade patrimonial está agindo com

excesso ao seu contrato social, sob pena de nem sequer instaurar-se o procedimento, na linha do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos. 2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137) 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão. 4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual. 6. **Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.** 7. **A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.** 8. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1729554 SP 2017/0306831-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2018) g.n.

Dessa forma, não comprovado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, sequer instaura-se o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica e, no tocante à sociedade patrimonial, especificamente

quanto ao desvio de finalidade, eventual pedido de desconsideração deverá ser comprovado pelo credor, autor do pedido, o preenchimento dos requisitos materiais, previstos no artigo 50 do Código Civil.

Assim, como a sociedade patrimonial, constituída sob a forma de sociedade simples, não tem obrigação de perseguir lucro, muito menos submete-se à função social e solidária da empresa, posto que estas obrigações aplicam-se ao regime empresarial, se atuar exclusivamente na administração dos bens que compõem o seu acervo patrimonial, obtendo a renda que deles advir, não há que se falar em desvio de finalidade e, portanto, não é possível aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, em sua forma regular ou na forma invertida.

CONCLUSÃO

A necessidade do homem de viver em grupos é um dos motivos da formação da sociedade e, esta, também, é uma das razões da criação das pessoas jurídicas, uma vez que o indivíduo sozinho não é capaz de efetuar todos os negócios.

Dessa forma, surgem as pessoas jurídicas, com antecedente histórico na Antiga Roma, cuja evolução do conceito resulta na união de pessoas e/ou coisas, reunidos para a consecução de certos fins legais. Com isso, desenvolveram-se teorias que tentaram explicar este conceito, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, adota-se a teoria da realidade técnica, pela qual a personalidade jurídica é um atributo outorgado pelo ordenamento jurídico, em linhas gerais.

Assim, reconhecida a existência legal da pessoa jurídica, mediante o preenchimento de alguns requisitos legais, a questão de sua personalidade e capacidade jurídica passa a ter relevância especial para o exercício das atividades, por ela praticadas. Com isso, surge a autonomia entre a pessoa jurídica e as pessoas dos sócios, que passam a serem vistos como pessoas distintas.

Como espécie de pessoa jurídica, existem as sociedades, que por sua vez, dividem-se em simples e empresária.

As sociedades simples diferenciam-se das empresárias, em razão da existência de atividade econômica profissionalmente organizada, com o intuito de alcançar lucros. Elas também apresentam diferenças quanto ao órgão competente para o registro (Junta Comercial ou Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas).

Há, ainda, uma diferença entre sócio e empresário, conforme previsto no artigo 966 do Código Civil.

Para efeitos de comparação, no tocante às sociedades, é necessário que se faça a distinção sobre elas, no que tange ao elemento que une os sócios, tornando-a uma sociedade de pessoas ou de capital. Para esta, o que importa é o valor que cada um dos sócios contribui para a formação do capital social, enquanto que, para aquela, o que importa são as qualidades pessoais de cada um dos sócios.

Neste diapasão, cumpre destacar que as sociedades empresárias, além de todos os requisitos legais à elas impostos, deve, ainda, obediência à sua função econômica (circular bens e serviços de forma organizada, visando lucro), além da

função social (concretizar benefícios à sociedade em que inserida, como por exemplo, com ações socioambientais) e, também, da função solidária.

Feitas estas distinções, é possível avaliar a sociedade patrimonial, cujo *nomem iuris* melhor adequa-se ao seu propósito, na medida em que, apesar de rotineiramente denominada como *holding*, na sua essência, não o é, pois não atua com participação em outras sociedades.

Sobre este tipo de sociedade, cuja finalidade é a execução de um planejamento tributário, com a redução da carga tributária incidente sobre o patrimônio integralizado nas quotas sociais (ITBI, IRPJ, ITCMD), bem como do planejamento sucessório (melhor divisão dos bens entre os herdeiros, evitando-se conflitos familiares), além do contingenciamento patrimonial, com a proteção contra a penetração de terceiros no acervo.

Mas para isto tudo acontecer de forma regular, é necessário observar a forma pela qual será constituída esta sociedade patrimonial, desde a escolha do tipo de sociedade (simples ou empresária), até o tipo societário (limitada, por exemplo) e o regime de tributação.

Estas escolhas refletem diretamente na possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, instituto este atualmente normatizado no Direito Brasileiro.

Além disso, deve existir a preocupação, no tocante à integralização dos bens em realização ao capital social, no que diz respeito à fraude contra credores e fraude à execução, uma vez que elas, por si só, não são motivos para dar início ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mas a decisão/sentença que as reconhece, assim como a *disregard*, influência diretamente no patrimônio do devedor, anulando o ato de alienação ou tornando-o ineficaz e, traz repercussões positivas ao interesse do credor, que passará a litigar sobre o patrimônio, até então transferido.

A desconsideração da personalidade jurídica, prevista em alguns diplomas legais, apresenta duas teorias que sustentam os seus requisitos. A teoria menor, cuja exigência diz respeito somente à inadimplência do devedor, entende este como motivo suficiente à desconsideração. A teoria maior, por sua vez, positivada no artigo 50 do Código Civil, exige o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, reconheceu-se, também, a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Assim, quando uma sociedade patrimonial estiver inserida em situação à qual aplica-se a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, pouco importa se ela é simples ou empresária e, neste caso os bens particulares dos sócios responderão pelo débito ou, caso seja desconsiderada na modalidade inversa, os bens da sociedade patrimonial responderão por dívidas pessoais dos sócios.

Todavia, quando tratar-se de relação civil-empresarial, que atrai a teoria maior da desconsideração, exige-se a comprovação dos requisitos, ou seja, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Ressalta-se que, via de regra, a sociedade patrimonial não contrai dívidas, pois não atua como agente econômico e, por esta razão, em caso de desconsideração da personalidade jurídica, esta ocorrerá na modalidade invertida.

Assim, quanto à confusão patrimonial, exige-se que o credor demonstre que os sócios e sociedade não se distinguem em direitos e obrigações quanto ao patrimônio (bens imóveis integralizados). Ratifica-se a posição de que a transferência da posse, mediante contrato, da sociedade ao sócio, elimina a confusão patrimonial.

Caso comprovado este requisito, será plenamente possível desconsiderar-se a personalidade jurídica, seja a sociedade patrimonial constituída na forma simples ou empresária.

Quanto ao requisito do desvio de finalidade existe uma diferença.

Se a sociedade patrimonial for constituída na forma de sociedade simples, não estará sujeita ao regime empresarial, com obediência às normas que regem a ordem econômica. Assim, a ela não aplica-se a função econômica da empresa, bem como a função social e solidária.

Dessa forma, para que uma sociedade patrimonial esteja em desvio de finalidade, ela deverá atuar em contrariedade ao seu objeto social, mas enquanto estiver administrando os bens imóveis de seu acervo, não há que se falar em desvio e, portanto, não será possível aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

A sociedade patrimonial empresária, por outro lado, enquanto sujeita ao regime empresarial e sujeita ao regramento constitucional da ordem econômica, deve ater-se à função econômica da empresa - geração de lucros, através da

exploração de atividade econômica, profissionalmente organizada, que não é o caso da sociedade patrimonial, salvo quanto ao entendimento de parte da doutrina que sustenta não ser o lucro elemento essencial da atividade empresarial.

Além disso, deve obediência à função social e solidária da empresa, na medida em que deve contribuir de forma positiva para a sociedade, não podendo atuar em seu interesse meramente privado.

Dessa forma, como a sociedade patrimonial tem por objeto a administração dos bens imóveis que a compõem, quando constituída na forma empresarial, estará sempre em desvio de finalidade, possibilitando a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Com isso, conclui-se que, para a consecução efetiva dos planejamentos que justificam a criação da sociedade patrimonial, a melhor forma de constituí-la, é em forma de sociedade simples.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Introdução ao Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 35, n. 104, out/dez/96. São Paulo: RT, 1996.
BERGAMINI, Adolpho. *Constituição de empresa Holding Patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação*. Revista Jus Vigilantibus, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil* Publicada no Diário Oficial da União em: 11 jan. 2002.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Publicada no Diário Oficial da União em: 17 mar. 2015.

_____. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Diário Oficial da União em: 09 fev. 2005.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1278715 PR*, 3ª Turma, Brasília, 11 de junho de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23383697/recurso-especial-resp-1278715-pr-2011-0220197-1-stj/inteiro-teor-23383698>> Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 764058 RS*, Brasília, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533526154/re-nos-edcl-no-agrg-no-agravo-em-recurso-especial-re-nos-edcl-no-agrg-no-aresp-764058-rs-2015-0205176-6>> Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 29.697/RS*, 4ª Turma, Brasília, 23 de abril de 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2277280/mod_resource/content/1/STJ%20desconsidera%2B%C2%BA%2B%C3%BAo%20pers%20jur%2B%C2%A1dica%20e%20grupo%20econ%2B%C2%A6mico%20%281%29.pdf> Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.685.903/MA*, Brasília, 22 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505521516/recurso-especial-resp-1685903-ma-2017-0175174-9/decisao-monocratica-505521539?ref=juris-tabs>> Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1236916 RS*, 3ª Turma. Brasília, 22 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24581163/recurso-especial-resp-1236916-rs-2011-0031160-9-stj>> Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1729554 SP*, 4ª Turma. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923427/recurso-especial-resp-1729554-sp-2017-0306831-0>> Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 511.486/SC*, Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.portaldori.com.br/2016/04/26/direito-civil-impenhorabilidade-do-bem-de-familia/>> Acesso em: 15 dez. 2018.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____, Gilberto Gomes. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; BENTO, Simone. *A Empresa: Responsabilidade Solidária e Sustentabilidade*. Disponível em <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=674f3c2c1a8a6f90>> Acesso em 21 jan. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSILO, João. *Desconsideração da pessoa jurídica*. Revista Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, n. 29, 2000.

CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial [livro eletrônico]: direito de empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

DEÁK, Csaba. *Uma interpretação histórica da teoria de renda*. Revista de Desenvolvimento Urbano e Regional. v. 2, n.1, p. 41-57. Sinopses 18, p. 26-39, 1992. Disponível em <
http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/c_deak/CD/3publ/87tr/index.html>. Acesso em 17.dez.2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas – Teoria Geral e Exercício de Atividades Econômicas*. Porto alegre: Editora Síntese, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA*.

Revista Jurídica UNICURITIBA, Curitiba, vol. 2 n. 51 ISSN 2316-753X. 2018. Disponível em < DOI: 10.6084/m9.figshare.6835007>. Acesso em 26 nov. 2018.

_____, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, vs. 2-4, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito empresarial: empresário, sociedade empresária, títulos de crédito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil, volume 1*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FUJI, Alessandra Hirano. *O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada*. Rev. contab. finanç., São Paulo, v. 15, n. 36, p. 74-86, Dez. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772004000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17. dez. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 16 e. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIARETA, Gerci. *Teoria da despersonalização da pessoa jurídica ("Disregard Doctrine")*. Revista de Direito Civil, v. 48, abr./jun. 1989.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DENARI, Zelmo; et. al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2007.

GUERREIRO, Reinaldo. *Mensuração do resultado econômico*. Caderno de estudos, São Paulo, n. 3, p. 01-11, Set. 1991. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-92511991000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17. dez. 2018.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. *Holding*. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias, volume 2*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011).

MAMEDE, Gladstone; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

MARINS, James. *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002.

MÉO, Leticia Caroline. *Empresas Sociais, Função Social da Empresa e Responsabilidade Empresarial Social*. Revista de Direito Privado 2014- RDPriv 59 - p.193-230.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v.1: parte geral*. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica às Sociedades Anônimas*. In: Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, v. 61 (jul-set/2013), Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito empresarial: estudo unificado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: E. RT, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOLASCO, Alexandre Linares. *Aspectos práticos da dissolução parcial da sociedade limitada segundo a jurisprudência do STJ*. In: CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE

JUNIOR, Walfrido Jorge (Org.). *O direito de empresa nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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

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

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 15082414*, 6ª Câmara Cível, Curitiba, 26 de julho de 2016. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371241327/agravo-de-instrumento-ai-15082414-pr-1508241-4-acordao>> Acesso em: 21 dez. 2018.

PAYÃO, Jordana Viana; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *A FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO*. Revista Direito da Cidade, vol. 08. n. 3 ISSN 2317-7721. 2016. Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22109>>. Acesso em 22 jan. 2018.

PENTEADO, Cláudio Camargo. *Empresas offhsore*. 3. ed. São Paulo: Pillares, 2007.

PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Roberta Nioac (Org.). *Sucessão Familiar e Planejamento Societário*. In: PRADO, Roberta Nioac et al (Org.). *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Justiça como Eqüidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, John. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Peternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 410, n. 58, 1969.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial: volume 1*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Maria de Fátima; BASSOLI, Marlene Kempfer. *Planejamento Tributário e o valor jurídico da solidariedade*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de, (Coord.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 00554925520128190000*, 20ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, 20 de março de 2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117420425/agravo-de-instrumento-ai-554925520128190000-rj-0055492-5520128190000>> Acesso em: 20 dez. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: v. 1. parte geral*. 34. ed. atual. 6. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Agravo de Instrumento nº 15043082120028220010*, 2ª Câmara Cível. Porto Velho, 05 de março de 2009. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295171397/agravo-de-instrumento-ai-15043082120028220010-ro-1504308-2120028220010>> Acesso em: 17 dez. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Alexandre Couto e. *Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação*. Revista dos Tribunais n. 780. 2000.

_____, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Ruben Fonseca e; WILLIAMS, Robert E. *Tratados dos Paraísos Fiscais*. São Paulo: Observador Legal, 1998.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; SILVA, Vinícius Mendes e. *FAIR TRADE E ECONOMIA COLABORATIVA COMO MECANISMOS DE PERSECUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA*. Revista Jurídica UNICURITIBA, Curitiba, vol 3. n. 52 ISSN 2316-753X. 2018. Disponível em <DOI: 10.6084/m9.figshare.7371113>. Acesso em 28. nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 10368922320168260100*, Conselho Superior da Magistratura, São Paulo, 02 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430388997/apelacao-apl-10368922320168260100-sp-1036892-2320168260100/inteiro-teor-430389041>> Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 11144207020158260100*, 21ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/534498224/11144207020158260100-sp-1114420->

7020158260100?ref=topic_feed> Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 21061649620168260000*, 29ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 27 de julho de 2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/367512370/agravo-de-instrumento-ai-21061649620168260000-sp-2106164-9620168260000>> Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 20400833920148260000*, 36ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 18 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140539864/agravo-de-instrumento-ai-20400833920148260000-sp-2040083-3920148260000/inteiro-teor-140539872>> Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 00959456320138260000*, 38ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 26 de junho de 2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116301204/agravo-de-instrumento-ai-959456320138260000-sp-0095945-6320138260000>> Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 990093145316*, 11ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 21 de janeiro de 2010. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169407/agravo-de-instrumento-ai-990093145316-sp/inteiro-teor-102287570>> Acesso em: 21 dez. 2018.

SOUZA, Artur César de. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado*. Volume I. São Paulo: Almedina, 2015.

SOUZA, Sueli Baptista de. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOIGO, Daílle Costa. *Planejamento sucessório empresarial - Proteção patrimonial nacional e internacional*. São Paulo: AGWM Editora, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*,

volume 1. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; JR. DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WORMSER, Isaac Maurice. *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, 1929.

YAGUEZ, Ricardo de Angel. *La Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ZANNONI, Eduardo. La normativa societária ante los actos fraudulentos de la sociedade. Replanteo de la teoria del 'Disregard'. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 9, jul./set/ 1979.