

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA PARTILHA DE BENS CONJUGAIS SOB O VIÉS DA *LAW AND ECONOMICS*

Cristiana Sanchez Gomes Ferreira¹

Resumo: O presente estudo visa a promover uma análise jurídica e econômica da aplicação inversa da *disregard doctrine* no âmbito da partilha de bens conjugal. Tem como objetivo esclarecer quais os benefícios da Análise Econômica do Direito na explicação de suas causas e prováveis consequências. Para tanto, primeiramente abordar-se-á o instituto sob a perspectiva jurídica, a partir da análise de seus pressupostos e ocorrência prática. Em um segundo momento, a finalidade será averiguar como a *Law and Economics* atua no presente contexto, com ênfase nas teorias da Sinalização e da Assimetria de Informação, buscando-se, desta forma, uma correlação interdisciplinar que gere unidade e profundidade ao trabalho.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Direito Empresarial. *Disregard Doctrine*. Partilha de bens. Fraude conjugal.

Abstract: The study aims to promote a legal and economic analysis of the inverse application of *disregard doctrine* in the context of shared marital assets. Aims, more than this, clarify the benefits of Economic Analysis of Law in explaining its causes and probable consequences. To do so, it will be, firstly, analyzed the institute under the legal perspective, from the analysis of their assumptions and practical occurrence. In a second step, the purpose is to ascertain how the Law and Eco-

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail para contato: cristiana@garrastazu.com.br .

nomics operates in this context, with emphasis on theories of signaling and Informational Asymmetry, seeking to thereby generate an interdisciplinary correlation that provides unity and depth to this article.

Keywords: Economic Analysis of Law. Business Law. Disregard Doctrine. Division of property. Marital fraud.

INTRODUÇÃO



objetivo deste trabalho é promover uma análise jurídica e econômica do expediente da desconsideração da personalidade jurídica no seio da partilha de bens conjugais.

No passado, de acordo com Cooter e Ulen, “o direito restringia o uso da economia às áreas das leis anti-truste, dos setores regulamentados, dos impostos e da determinação das indenizações monetárias”.² Atualmente, verifica-se uma verdadeira alteração de paradigma, notadamente a partir do início da década de 1960, com a expansão da Análise Econômica do Direito tanto a áreas mais tradicionais (tais como propriedade, contratos e direito constitucional) como, paulatinamente, a áreas antes não tão usuais, como o Direito de Família.

Conforme Ivo Gico Jr., “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não”.³ Tendo-se a economia como a ciência social que estuda como os indivíduos, portadores de suas próprias preferências, se comportam para maximizar seu bem-estar em um mundo no qual os recursos são escassos, a

² COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23.

³ GICO JUNIOR, Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

Análise Econômica do Direito tem sido decisiva para uma reavaliação do lado *funcional* do contrato, considerando sua função primordial a comunicação de metas de conduta em um ambiente de imperfeições e de custos que muitas vezes impedem que os objetivos contratuais se alcancem sem a figura do contrato.⁴

Sob este norte, tenciona-se, aqui, expor os principais contributos e teorias econômicas a serem utilizadas no estudo da temática em questão, proporcionando-se, assim, uma abordagem interdisciplinar que visa a dar unidade e profundidade ao estudo.

Inicialmente (primeira seção), será o instituto analisado sob uma perspectiva estritamente jurídica, de modo a viabilizar a compreensão da aplicação da *disregard doctrine* nos âmbitos regular e inverso, com enfoque na partilha de bens conjugais. Em um segundo momento (segunda seção), utilizar-se-á o ferramental da análise econômica do direito como instrumento a aprimorar uma efetiva abordagem do instituto e entendimento de suas causas subjacentes, de acordo com a abordagem da *Law and Economics*. Por fim, serão apresentadas conclusões embasadas no que foi visto nas seções precedentes.

1. APLICAÇÃO DA *DISREGARD DOCTRINE* À PARTILHA DE BENS CONJUGAIS

Como forma clássica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, regulamentada pelo artigo 50 do Código Civil Brasileiro, utiliza-se o expediente visando-se à responsabilização de sócio por dívida imputada à sociedade sempre que constatada a má utilização da personalidade jurídica para a perpetração de fraudes contra credores.

⁴ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Lisboa: Almedina, 2007, p. 16-17.

No Direito de Família, todavia, sua aplicação ocorre na via inversa, aplicando-se o instituto com o escopo de desconsiderar-se o ato para assim alcançar-se os bens da sociedade. Assim, o artifício é manejado na via “oposta” à de sua concepção originária: desconsidera-se a personalidade jurídica buscando-se o alcance dos bens e rendimentos da sociedade, e não mais do sócio, que desta se utilizou como mero estratagema para ocultação de sua efetiva realidade econômico-financeira.⁵

Na desconsideração inversa da personalidade jurídica, aplicada ao Direito de Família, segundo Rolf Madaleno: “o devedor transfere seus bens para a empresa na qual participa como sócio, esvaziando o acervo pertencente ao vínculo afetivo do casamento ou da união estável”⁶, seguindo, assim, na posse e fruição dos bens que deveriam ter sido legitimamente partilhados com o ex-consorte. Eis, quiçá, a situação mais recorrente a ensejar a aplicação da teoria na forma inversa no âmbito jus famélico, embora distintas práticas reconhecidamente mereçam a atenção do julgador, conforme restará abordado.

Assim, visando a uma adequada compreensão da utilização do expediente na via inversa, mister uma prévia análise de sua aplicação segundo a teoria clássica.

Um dos trabalhos pioneiros acerca do tema da desconsideração da personalidade jurídica é a obra *Forma e Realidade da Pessoa Jurídica*, do alemão Rolf Serick. A partir da análise da jurisprudência Alemã e Norte-Americana, o autor buscou definir os critérios que autorizam o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios sempre em que esta for manejada como instrumento à concretização de

⁵ VIANNA, Marcelo Soares. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 250.

⁶ MADALENO, Rolf. *A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 102.

fraudes ou abuso de direito.⁷

Doutrinariamente, três percussores destacam-se: Pontes de Miranda, Fábio Kondes Comparato e Lamartine Corrêa. De acordo com o primeiro, o “*Disregard of Legal Entity*” adviria de influências do “capitalismo cego”, posicionando-se o doutrinador de forma contrária a tal prática. Fábio Konder Comparato, por seu turno, ponderou que a pessoa jurídica deve ser interpretada de forma funcional, tendo-se como a função geral de sua personalização a criação de um centro de interesse autônomo. Lamartine Corrêa foi quem promoveu uma análise mais profunda do tema, desenvolvendo teoria favorável à hipótese, no sentido de que a desconsideração seria a consequência da disfunção da personalidade jurídica, como um verdadeiro sintoma de uma crise de sua função⁸.

No Brasil, o primeiro autor a abordar o tema foi Rubens Requião, em sua aula magna denominada “abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”.⁹ Na legislação brasileira, verifica-se a presença do instituto, cronologicamente, no Dec. 3.708/19 (Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada), no Dec. 5.452/43 (CLT), no Dec.-Lei 7.661/45 (Lei de Falências), na Lei 5.172/66 (CTN), na Lei 6.404/76 (Lei das S/A), na Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) e na Constituição Federal de 1988. De forma mais clara e explícita, cita-se seu registro na Lei 8.078/90 (CDC), Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), Lei 9.605/98 (Meio-Ambiente), Lei 9.481/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e, por último, no atual Código Civil brasileiro (Lei 10.406/02).¹⁰

⁷ SOUZA, André Pagani. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

⁸ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

⁹ REQUIÃO, Rubens, *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica – Disregard Doctrine*. São Paulo: RT, vol 477, 1975, p. 12-27.

¹⁰ VIANNA, Marcelo Soares. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de*

Dentre as principais consequências da personificação jurídica, destaca-se a incidência do *princípio da autonomia patrimonial*. Explica-se: o surgimento da pessoa jurídica estabelece um centro de interesses autônomo, distinto dos interesses dos seus membros formadores.¹¹ Neste sentido, e como via de regra, os sócios não são titulares dos direitos e deveres relativos ao exercício da atividade econômica, mas sim a sociedade empresária, estando esta filosofia já presente no Código Civil de 1916, no artigo 20, caput¹².

Atualmente, muito embora não tenha o novo Código Civil reproduzido de forma expressa referido dispositivo legal, o princípio permanece em vigor, impondo-se a concreção do *princípio da autonomia patrimonial* como forma de garantir-se a segregação entre o patrimônio do sócio e da empresa.¹³ Ora, e se assim não fosse, incentivo e motivação alguma teriam os indivíduos em aventurarem-se na criação de novas atividades e exploração de novos produtos e serviços, eis que, frustradas as expectativas (situação muito comum na vida de “desbravadores” empresários), ver-se-iam na iminência da perda de bens adquiridos ao longo de anos e gerações, ocasionando-se prejuízos irreversíveis ao desenvolvimento da sociedade

Assim, foi justamente com a finalidade de garantir uma necessária proteção que foi criada a figura fictícia da pessoa jurídica, atuante na concretização de seus próprios fins e interesses, distintos daqueles dos agentes que a compõem. Ao contrário do que se possa supor inicialmente (a partir da terminologia do instituto), a excepcional medida da desconsideração da personalidade jurídica almeja preservar ao máximo a pessoa jurídica, zelando, sempre que possível, por sua continuidade,

Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 245.

¹¹ SOUZA, André Pagani. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

¹² “As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.”

¹³ No atual Código Civil, uma ilação combinada dos artigos 45 e 985 auxilia chegar-se a esta conclusão.

vindo a ocorrer se - e somente se - algum dos sócios passa a utilizá-la na consecução de seus interesses mais particulares para obtenção de proveitos próprios, divorciados das funções da pessoa jurídica.¹⁴

Neste sentido, para Deilton Brasil, arvorado em ensinamentos de Posner¹⁵:

(...) se os empreendedores, para resguardar seus patrimônios particulares dos riscos inerentes à atividade econômica, não dispusessem do mecanismo de constituição e uma sociedade empresária, como pessoa jurídica autônoma, teriam de negociar, pontual e renovadamente, a limitação de suas responsabilidades com cada credor. Isso aumentaria os custos de transação e poderia comprometer a eficiência econômica.¹⁶

Com efeito, não trata a solução da declaração de nulidade da pessoa jurídica, mas sim da declaração de simples *ineficácia* de alguns de seus atos, com vista a impedir a consumação de fraudes e abusos de direito, tal como, por exemplo, a transmissão fraudulenta de bens do patrimônio do sócio para o da pessoa jurídica como subterfúgio para não arcar com dívidas pessoais existentes. Não constitui-se, pois, a personalidade jurídica em um direito absoluto, mas sujeito às teorias da fraude contra credores e do abuso de direito.¹⁷

Nesse contexto, duas são as formulações para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a saber: *teoria maior*, pela qual o juiz pode decretar a desconsideração para coibir fraudes ou abusos, e a *teoria menor*, na qual a reles presença de

¹⁴ SOUZA, André Pagani. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

¹⁵ POSNER, Richard. The Rights Of Creditors on Affiliated Corporations. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976.

¹⁶ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Os Efeitos Decorrentes da Aplocação Judicial da Teoria Menor da Disregard Doctrine: Uma Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_3_deilton.pdf>. Acesso em 19.03.2014.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 393.

prejuízo ao credor já seria elemento a viabilizar a desconsideração.

A primeira teoria se desdobra em *subjetiva* e *objetiva*: a subjetiva autoriza a sua aplicação prática sempre que verificados, no caso concreto, o *abuso de direito* e a *fraude*; já a objetiva, tem como requisito para sua aplicação a *confusão patrimonial*.¹⁸

No ordenamento jurídico brasileiro – sobretudo a partir do art. 50 do Código Civil -, percebe-se a clara opção do legislador pela teoria objetiva maior, condicionando o manejo do expediente à constatação de desvio de finalidade ou de abuso patrimonial¹⁹. A teoria menor, no entanto, restou acolhida excepcionalmente pelo Direito do Consumidor e pelo Direito Ambiental, a incidir com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade (teoria maior subjetiva) ou de confusão patrimonial (teoria maior objetiva), bastando, para tanto, a mera expectativa de prejuízo do credor.

Cabe alerta aos julgadores acerca da importância de conferir uma rigorosa atenção à prova do desvio de finalidade da sociedade empresária, haja vista que o dinamismo inerente às práticas empresariais por vezes impõe alterações de estratégias e objetivos, ainda que transitoriamente, o que não pode ser confundido com a ardilosa e má intencionada prática do desvio de finalidade com o exclusivo intuito de burlar direito de credores terceiros.²⁰

¹⁸ SOUZA, André Pagani. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

¹⁹ Art. 50 CCB: 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.

²⁰ HENRIQUE, Gustavo Guimarães. *Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica*. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (coords.). *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 90.

Do mesmo modo, de acordo com Gustavo Guimarães Henrique, “*a confusão patrimonial que impõe a desconsideração deve ser de tal ponto ultrajante e escancarada a conduzir a insolvência ficta de um dos entes para frustração de direitos de terceiros*”. Dando continuidade ao raciocínio, conclui o autor que:

Somente prova cabal da ocorrência de fraude, situação em regra não presumível em direito pátrio, poderá conduzir o Magistrado à intervenção no patrimônio da sociedade. Trata-se de situação excepcional e que, pela violência com a qual se instaura, somente vem a cabo com o suporte de provas inconteste sobre a fraude.²¹

Verifica-se, portanto, que desconsideração da personalidade jurídica não atinge o plano da *validade estrutural* da sociedade. Ao contrário, preconiza por sua higidez e regular exercício de atividades, visando, tão-somente, à *ineficácia* da personalidade jurídica em pontual situação fraudulenta, quando então será afastada, episodicamente, o regime legal a ela previsto pelo ordenamento jurídico.²²

Enquanto que a teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica objetiva responsabilizar o integrante da pessoa jurídica por dívida a esta atribuída, sua ocorrência na via inversa permite o afastamento do *princípio da autonomia patrimonial* para fins de regresso ao patrimônio conjugal dos bens deliberadamente desviados do cônjuge com a meação lesada.

Segundo Rolf Madaleno, somente legitima-se a hipótese “*quando a sociedade se tornou mera extensão da pessoa física do sócio, como pode acontecer quando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual*

²¹ HENRIQUE, Gustavo Guimarães. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (coords.). *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 91.

²² VIANNA, Marcelo Soares. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247.

é sócio(...)”.²³

O que se busca, portanto, “*é o retorno dos bens maliciosamente extirpados do patrimônio do sócio em favor da sociedade, somente para a produção de irreal aparência de insolvência daquele, para o acervo de quem realmente é titular*”.²⁴ Ou seja, na esteira dos mesmos pressupostos da desconsideração “clássica”, a decretação da inversa condiciona-se à aferição de bens do sócio desviados ao patrimônio da pessoa jurídica no intuito de fraudar terceiro, sendo este o enfoque deste estudo, haja vista ser este o remédio jurídico aplicável às celeumas envolventes de fraude entre os cônjuges no âmbito da partilha de bens conjugal.

No que diz respeito aos aspectos processuais do instituto, aplicados ao Direito de Família, pacífica a compreensão de que a legitimidade ativa para requerimento da superação da personalidade jurídica recai na pessoa do ente familiar prejudicado (e, de acordo com a presente análise, no cônjuge ou companheiro do sócio)²⁵, na esteira do artigo 6º do Código de Proces-

²³MADALENO, Rolf. A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80.

²⁴ HENRIQUE, Gustavo Guimarães. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (coords.). *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 92.

²⁵ A este respeito, vide a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujo ementário resta ora transcrito: “Se o sócio controlador de sociedade empresária transferir parte de seus bens à pessoa jurídica controlada com o intuito de fraudar partilha em dissolução de união estável, a companheira prejudicada, ainda que integre a sociedade empresária na condição de sócia minoritária, terá legitimidade para requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica de modo a resguardar sua meação. Inicialmente, ressalte-se que a Terceira Turma do STJ já decidiu pela possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica – que se caracteriza pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio –, em razão de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/2002 (REsp 948.117-MS, DJe 3/8/2010). Quanto à legitimidade para atuar como parte no processo, por possuir, em regra, vinculação com o direito material, é conferida, na maioria das vezes, somente aos titulares da relação de direito material. Dessa forma,

so Civil.²⁶ Ainda, poderá ser requerida pelo Ministério Público, *ex vi* do artigo 50 do Código Civil, descabendo-se, contudo, *a priori*, pronunciamento *ex officio*.²⁷

Já a legitimidade passiva há que ser destinada ao parente lesado e à pessoa jurídica envolvida no ato fraudulento, tendo em vista que não cabe ao credor a “despersonalização” da pessoa jurídica a partir do ingresso da ação em relação, tão-somente, às pessoas naturais dos sócios, havendo que ser instaurada uma profícua análise judicial do conjunto probatório apresentado.²⁸

Inquietação doutrinária repousa no momento processual adequado para ser requerida a aplicação da *disregard*, se em ação autônoma, em processo de execução ou cautelar, e, ainda, se no ajuizamento ou incidentalmente. Ora, a par dos respeitáveis entendimentos em distintos sentidos, parece prudente concluir-se pela inexistência de qualquer óbice para a desconsideração em caráter incidental ao processo, ou mesmo em qualquer natureza de ação judicial, haja vista que os procedimentos de execução e cautelar comportam cognição e concreção do

a legitimidade para requerer a desconsideração é atribuída, em regra, ao familiar que tenha sido lesado, titular do direito material perseguido, consoante a regra segundo a qual “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º do CPC). Nota-se, nesse contexto, que a legitimidade para requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade não decorre da condição de sócia, mas sim da condição de companheira do sócio controlador acusado de cometer abuso de direito com o intuito de fraudar a partilha. Além do mais, embora a companheira que se considera lesada também seja sócia, seria muito difícil a ela, quando não impossível, investigar os bens da empresa e garantir que eles não seriam indevidamente dissipados antes da conclusão da partilha, haja vista a condição de sócia minoritária.” REsp 1.236.916-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2013

²⁶ Art. 6º: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

²⁷ SOUZA, André Pagani. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

²⁸ VIANNA, Marcelo Soares. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). Ações de Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254..

princípio do contraditório, muito seja no bojo de um processo de execução que “*venha à tona, com maior evidência, os óbices à efetivação do direito tutelado*”.²⁹

Diferentemente seria se estivéssemos a tratar de atos anuláveis (e não *ineficazes*), estes sim sujeitos a prévio pronunciamento judicial em ação própria de conhecimento, a exemplo da *fraude contra credores*, a ensejar o recurso da denominada *ação pauliana*.³⁰

2. CONTRIBUTOS DA LAW AND ECONOMICS AO INSTITUTO

Abordadas as principais noções do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e de sua aplicabilidade no âmbito da partilha de bens conjugal (*disregard* inversa), oportuna uma análise econômica do fenômeno, o que permitirá uma compreensão pragmática das suas efetivas causas, desdobramentos e ferramentas sobre as quais o julgador se baliza para “desatar os nós”.

A despeito das distintas opiniões doutrinária acerca da natureza jurídica do matrimônio (se um contrato, uma instituição ou uma figura “híbrida”), para a abordagem econômica do casamento sua definição como um contrato é a que melhor se revela. Segundo Lliord Cohen, o casamento pode ser visto como:

(...) uma promessa de assumir riscos e pagar indenizações. Ou seja, cada parte assume o risco de que seu amor por seu cônjuge venha a terminar. Se isso acontecer, elas aceitam a responsabilidade legal pelas possíveis perdas.³¹ [Tradução

²⁹ VIANNA, Marcelo Soares. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 262.

³⁰ Esta prevista nos artigos 158 a 165 do Código Civil.

³¹ (...)a promise to assume risk and pay damages. That is, each part is promising the other that they will assume the risk that their love for their spouse dissolves. If that should happen, they accept legal responsibility for the loss to their spouse. - CO-

nossa].

A essência do matrimônio está, pois, no acordo de vontades realizado entre duas partes que, voluntariamente, assumem obrigações, direitos e privilégios, reconhecendo-se a impossibilidade de o instrumento prever todas as contingências passíveis de se sucederem após a celebração do negócio jurídico matrimonial.³²

É de fácil constatação que a escolha do cônjuge/companheiro reveste-se de características econômicas, haja vista demandar a utilização de determinados recursos para obtenção de informações sobre o provável parceiro.³³ Tem-se, assim, o estágio que precede ao casamento o momento ideal para que *custos de informação* quanto ao parceiro e suas reais expectativas de uma vida a dois sejam arcados, sendo que quanto maior o dispêndio de tempo (custo) a dois, mais facilmente averiguar-se-á a compatibilidade das personalidades envolvidas.³⁴

De acordo com Fernando Araújo:

(...) o processo de recolha da informação prévia à celebração do contrato é complexo mas da maior relevância, sendo que muita da assimetria informativa que se verifica no contrato pode ser o resultado de decisões tomadas no momento da recolha de informação, decisões de inacabamento desse processo – ainda que, no caso do contrato, esse inacabamento informativo, quando detectado pela parte fragilizada por ele, possa ser remediado pela abertura à renegociação, ou até mais singelamente pos-

HEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 11.

³² SMITH, Ian. *The Law and Economics of Marriage Contracts*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=416650>. Acesso em: 22 nov. 2012.

³³ Sobre o tema: GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. *Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio*. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/4rv798cf#page-1>. Acesso em 01. Fev. 2013.

³⁴ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 17th edition. New York: 2007. p. 147.

sa ser mitigado pela obtenção de informação suplementar.³⁵

Desta forma, quando os nubentes possuem informações assimétricas entre si – seja porque inverídicas, incompletas ou distorcidas –, projetando no parceiro e na relação expectativas irreais, corre-se o risco de a relação contratual ficar gravemente debilitada pela frustração da esperada observância das condutas devidas.³⁶

No contrato matrimonial, a falta de simetria informativa entre os contratantes pode decorrer de variadas razões: do curto período de relação afetiva na fase que antecede as núpcias (períodos do namoro e do noivado) – momento no qual cabe o recolhimento de informações da forma mais plena possível –, das limitações cognitivas das partes, que deixam de explorar o conhecimento de circunstâncias que em um futuro breve vêm a interferir significativamente na relação afetiva (como a ciência da existência e do alcance jurídico do pacto antenupcial), e mesmo de fatores atribuídos às características pessoais e projetos patrimoniais dos envolvidos, que podem, voluntariamente, optar por não revelar informações desta natureza.³⁷

Como as principais patologias derivadas da assimetria informativa, tem-se a seleção adversa e o risco moral (*moral hazard*). Embora geralmente ocorram em momentos distintos – a primeira na fase de negociação do contrato e a segunda em sua vigência –, não se pode assumir que tratem, tão-somente, de domínios *ex ante* e *ex post* da assimetria informativa, de modo que suas distinções transcendem a critério eminentemente temporal.³⁸

³⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 282.

³⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 283.

³⁷ GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/4rv798cf#page-1>. Acesso em 01. Fev. 2013

³⁸ GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. Análise Econômica dos Institutos do

Trata a seleção adversa³⁹ de uma equivocada escolha do parceiro e/ou de termos contratuais, quando uma das partes, desprovida de corretas (ou completas) informações, segundo Fernando Araújo, “*oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas*”.⁴⁰

Vejamus que no contrato matrimonial muitas são as etapas passíveis de serem acoimadas pela seleção adversa. A começar, a própria escolha dos parceiros pode amparar-se em informações distorcidas e incompletas quanto àquele. Ainda, na presente perspectiva, dados errôneos acerca da renda de qualquer dos nubentes, de seus níveis de capacitação profissional e patrimônio amealhado preteritamente podem apontar para regimes de bens conjugais inadequados a tais realidades, vindo a comprometer uma eficiente eleição do regime matrimonial, ajustável às necessidades e expectativas específicas de um casal.

No que tange à conceituação do *moral hazard*, a análise da relação agente-principal em muito contribui. Na aludida interação, um indivíduo (designado como “agente”), atua e toma as decisões em nome de outro (designado como “principal”), por dominar determinado assunto ou ser especialista em específico ramo ou área de atuação. Desta forma, o agente age e recebe alguma compensação em contrapartida, enquanto que o principal, por seu turno, observa e fiscaliza o trabalho do agente, de modo que a interação ocorre sob condições de ver-

Casamento e do Divórcio. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/4rv798cf#page-1>. Acesso em 01. Fev. 2013

³⁹ Sobre o tema: AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500.

⁴⁰ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Lisboa: Almedina, 2007. p. 285.

dadeira (e declarada) assimetria informativa, cabendo ao último fazer inferências acerca da atuação do agente a partir da observância de sua conduta.⁴¹

O risco moral surge, no entanto, quando os objetivos entre o agente e principal diferem substancialmente, permitindo que o primeiro obtenha vantagens às custas do segundo, passando a atuar em benefício de seus próprios interesses em detrimento dos interesses conjuntos ou mesmo exclusivos do principal. Eis, então, que se verifica sua ocorrência: quando a parte provida de maior número de informações passa a atuar de forma oportunista, negligenciando nos deveres de cooperação mútua entre os contratantes. De acordo com Fernando Araújo:

(...) a expressão não denota necessariamente qualquer perversão moral (embora abarque também abusos fraudulentos), contudo ela tem uma clara conotação negativa, ao menos porque ela sugere que há alguma “miopia” na gestão do recurso comum que é a confiança recíproca das partes no cumprimento pontual das suas obrigações e no acatamento estrito das estipulações contratuais.⁴²

Na família tradicional, enquanto que ao varão cabia manter-se laboralmente ativo, angariando recursos para a sociedade conjugal, ao cônjuge mulher incumbia diligenciar nos cuidados com a prole e com o lar. Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou enfim extirpada da ordem jurídica a árida ideia de submissão feminina dentro do contexto sociofamiliar, refutando-se a supremacia masculina e igualando-se os sexos em direitos e deveres. Mas já antes disto, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), esta houvera sido “promovida” a auxiliar do marido na chefia da sociedade conjugal, o que representou um grande avanço na luta contra a discriminação por gênero no Brasil.

Atualmente, determina o artigo 1.663, § 3º do Código

⁴¹MOLHO, Ian. *The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997. p. 119.

⁴²ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 288.

Civil que, constatada malversação dos bens conjugais por parte de algum cônjuge, poderá o juiz atribuir a administração dos bens a apenas um dos consortes, independentemente se ao varão ou à mulher, na equiparação entre seus direitos e deveres. De acordo com Rolf Madaleno:

(...) dentro deste novo espectro de regência conjugal, nenhum ato de administração e, principalmente, de disposição dos bens da massa conjugal, passa a ser praticado por um dos consortes sem a vênua do outro, cuja consulta propositadamente dispensada acarreta, ao contrário do passado, imediato direito à prestação de contas.⁴³

Com efeito, percebe-se que a nova ordem jurídica criou instrumentos na tentativa de coibir – ou ao menos mitigar – a presença do risco moral na sociedade matrimonial, buscando, a partir de norma como esta, reduzir o antes largo campo para práticas oportunistas, reflexo da problemática da assimetria informativa. Outro acadêmico exemplo neste sentido trata do artigo 1.647 do Código Civil, o qual estabelece a necessidade de concordância do cônjuge para a prática de certos atos ali expressos, à exceção do regime da separação absoluta.⁴⁴

Por outra banda, alguns dispositivos legais geram ainda acentuadas brechas à fraude patrimonial engendrada por cônjuge empresário, e notório exemplo disto trata do artigo 978 do Código Civil, que permite, em qualquer regime de bens, a venda dos bens imóveis pertencentes ao patrimônio da empresa sem a necessidade da outorga conjugal. Ainda, vejamos que inexistente qualquer exigência de concordância do cônjuge para a

⁴³ MADALENO, Rolf. A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155.

⁴⁴ Art. 1.647: Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

promoção de alteração no estatuto social de sociedades empresárias (tal como se verifica no Código Civil argentino), o que torna ágil o caminho para a livre circulação dos bens conjugais para a sociedade empresária.⁴⁵

Eis, neste contexto, perversas consequências da assimetria informativa: não conectado ao meio empresarial, o parceiro provavelmente desconhecerá as possíveis consequências de uma alteração do tipo social em seu direito de meação sobre as quotas do cônjuge ou sobre o crescimento patrimonial de dita sociedade empresária da qual é alheio.

Exemplifique-se: na partilha de bens, o cônjuge não empresário terá um crédito em relação às quotas sociais do consorte/companheiro sócio de uma sociedade limitada (Ltda.), não podendo ser admitido na empresa na qualidade de sócio se assim não efetivamente previsto no contrato social. Desta forma, a ele caberá a o ingresso de demanda de apuração de haveres para satisfação seu crédito logo que finda a ação de dissolução parcial da sociedade, também a ser movida por ele. Contudo, o mesmo não se opera quando o cônjuge empresário, imbuído de má-fé, altera o tipo social de Ltda. para uma Sociedade Anônima (S/A) de capital fechado (“sociedade familiar”). Nas palavras de Rolf Madaleno, elucidando a dinâmica:

A transformação termina comparada a uma mera alteração estatutária ou contratual e nisto reside um grande perigo ao cônjuge que, distante do meio empresarial e da atividade societária do esposo, sequer em sonho, imagina que, em certas circunstâncias, ao deparar com a transformação da primitiva sociedade formada por quotas de participação limitada em uma maquiada sociedade anônima, amiúde transformada numa nítida sociedade familiar, de capital fechado e de impenetrável acesso, serviu para transferir, habilidosamente, à incrédula esposa, com a sua partilha conjugal, um punhado de inúteis ações que ninguém quer comprar e que jamais serão

⁴⁵ MADALENO, Rolf. *A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175.

cotizadas em bolsa.⁴⁶

Assim, razoável a relativização da proibição de venda das ações da companhia fechada familiar sempre que constatada a alteração para este tipo social com o único e exclusivo intento de atendimento aos caprichos do cônjuge ou convivente que, pouco antes desta engenhosa medida, passou a incorporar os bens da sociedade conjugal na sociedade empresária, privando o consorte de acessar seu crédito mediante ação judicial de apuração de haveres, eis que transformada a sociedade limitada em sociedade anônima de capital fechado.⁴⁷

Cabe referência a outros tantos exemplos na doutrina e jurisprudência relativos a atos fraudulentos e atentatórios à meação conjugal, tais como aparente retirada de um cônjuge da sociedade às vésperas da separação, cisão da sociedade (transferindo-se parte significativa do patrimônio para a outra sociedade), redução dos valores das quotas ou patrimônio da sociedade e repentina redução de pró-labore dos sócios, todos os quais revestem-se de uma mesma característica: abuso da personalidade jurídica, a permitir e ensejar a aplicação do expediente da desconsideração da personalidade jurídica no sentido inverso, para que tais atos, declarados ineficazes, logrem “resgatar” ao consorte o patrimônio que lhe foi deliberadamente furtado.

Claro está, a esta altura do estudo, que o cônjuge/companheiro lesado patrimonialmente foi vítima do uso estratégico de informação privativa por parte do agente (cônjuge) empresário no desempenho de suas atividades profissionais. Partindo-se desta premissa, o quê, afinal, sugere a *Law and Economics* como remédio contra consequências da espécie

⁴⁶ MADALENO, Rolf. *A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 177.

⁴⁷ MADALENO, Rolf. *A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 187.

de assimetria informativa?

Verificou-se que o emprego de *custos de informação*, na fase pré-contratual, tem o condão de aproximar os agentes de parceiros contratuais (*in casu*, entenda-se contrato de casamento ou de união estável) adequados, que venham a efetivamente maximizar seu bem-estar e utilidade. Assim, quanto maior for o tempo dispendido junto ao parceiro, maior serão as chances de que a contratação esteja em consonância com as condutas e deveres que dela se espera.

Maiores, pois, serão os custos de informação em que os cônjuges estarão dispostos a incorrer na seleção quanto maior for o grau de exigência do indivíduo acerca de um profundo conhecimento do parceiro. Quanto maiores suas expectativas, mais custos empregarão, à proporção de seu interesse na celeridade do processo de escolha do cônjuge ideal(izado). Ainda, o mesmo se aplica no que tange ao emprego de custos marginais de busca por algum terceiro que possivelmente venha a maximizar seu bem-estar e expectativas a dois em maior proporção do que o parceiro atual, mecanismo este não incomum.⁴⁸

Para a análise econômica, destaca-se, neste âmbito, a *teoria da sinalização* como um meio indireto de resolução de problema da seleção adversa.⁴⁹ Por “sinais”, compreenda-se informações que os indivíduos revelam a dado grupo de possíveis partes contratantes, buscando, assim, a obtenção da utilidade esperada.⁵⁰

A fim de ilustrar este argumento, suponhamos a existência de um jovem casal no qual o homem sinaliza à então noiva

⁴⁸BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: TheUniversity of Chicago, 1976. p. 244.

⁴⁹BALBINOTTO, Giacomo. Notas de aula. Disponível em <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ecop72/teoria-sinalizacao.pdf>. Acesso em 15/01/2013.

⁵⁰SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, Issue 3, ago. 1973.p. 361.

que, para ele, negócios e carreira serão estancos prioridades suas no decorrer do matrimônio. Descontente com as características do parceiro, recebidas em forma de sinais ao longo do período antecedente às núpcias (ou mesmo nos primeiros anos da vida conjugal), conclui a noiva que a alternativa que melhor virá a preservar a relação afetiva será a eleição do regime de separação convencional de bens. Desta forma, não necessitará ela dispendir custos de monitoramento das condutas do marido praticadas no seio de sua sociedade empresária, eis que a nada ali fará ela jus, privando-se de arcar com tais ônus.

Ao contrário também poderia ser: a partir de uma cautelosa análise dos sinais emitidos pelo noivo ao longo do relacionamento, e concluindo pela mesma inclinação em sua escala valorativa (a priorizar negócios e patrimônio em detrimento, por exemplo, da criação de filhos e investimento na vida e rotina matrimoniais), poderia a noiva desfazer-se do relacionamento antes de sua efetivação jurídica, evitando assim ingressar em uma relação na iminência de um provável fracasso, eis que polarizada por diferentes expectativas e inclinações comportamentais.

E, neste sentido, a figura do pacto antenupcial revela-se um eficaz sinalizador. Ao impor a necessidade de diálogo entre os nubentes acerca do adequado regime de bens, suas declaradas opiniões e crenças emitirão sinais quanto a suas características e aspirações, reduzindo o custo para sua obtenção.

Desta forma, atua o contrato pré-nupcial como redutor da assimetria informativa, haja vista antecipar revelações de dados e reações que possivelmente viriam a ser protagonizadas somente no momento do divórcio - e isso quando não se tornassem a razão principal deste.

Portanto, tem-se que o modelo de sinalização é de grande valia na erradicação de fraudes perpetradas no seio conjugal e, bem assim, da própria necessidade da complexa aplicação do instituto da *disregard*, como verdadeira solução *ex ante* à for-

mação do contrato. A partir do modelo da sinalização, permite-se maior ajuste dos interesses das partes às disposições negociáveis das núpcias (por meio, a título de eficaz exemplo, do instrumento do pacto antenupcial) ou mesmo à decisão em casar-se ou não com pretensão parceiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar, de forma interdisciplinar – sob as concepções jurídica e econômica -, o expediente jurídico da desconsideração da personalidade jurídica no sentido inverso, passível de aplicação à partilha de bens conjugal sempre que constatado desvio de personalidade do ente jurídico e/ou confusão patrimonial engendrados por cônjuge empresário em detrimento da meação do consorte prejudicado.

Neste cenário, constatou-se que a aplicação do ferramental da Análise Econômica do Direito revela-se um método extremamente útil à compreensão das possíveis causas subjacentes ao fenômeno, destacando-se a teoria da sinalização como solução aos problemas derivados da assimetria informativa, notoriamente presente no contexto da apontada fraude.

Desta forma, inegável que, na perspectiva econômica, a visão contratual do matrimônio/união estável faz-se presente presente; afinal, segundo tal teoria, o casamento é uma explícita e formal promessa de assunção de riscos, demandando, por isso, eficiente proteção jurídica.



REFERÊNCIAS:

- AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007.
- BALBINOTTO, Giacomo. Notas de aula. Disponível em <http://www.pppe.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ecop72/teoria-sinalizacao.pdf>. Acesso em 15/01/2013.
- BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University Of Chicago, 1976.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 320 p.
- BRASIL, Deilton Ribeiro. Os Efeitos Decorrentes da Aplicação Judicial da Teoria Menor da Disregard Doctrine: Uma Análise Econômica do Direito. Disponível em: http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_atenas_3_deilton.pdf. Acesso em 19.03.2014.
- COHEN, Lloyd R. "Marriage: The long-term contract". In: DNES, Antony W.; COHEN, Lloyd R. *Marriage, Divorce, and Quase Rents; or, "I gave him the Best years of my life"*. HeinOnline – 16 J., *Legal Stud.*, p. 267, 1987.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. *Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio*. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/4rv798cf#page-1>. Acesso em 01. Fev. 2013

- HENRIQUE, Gustavo Guimarães. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (coords.). Desconsideração da Personalidade Jurídica. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 85-96.
- IOLOVITCH, Marcos Brossard. Disregard Doctrine – A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresa. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27018/000763118.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17/03/2014.
- MADALENO, Rolf. A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOLHO, Ian. The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations. USA: Blackwell Publishers, 1997.
- POSNER, Richard. The Rights Of Creditors on Affiliated Corporations. In: The University of Chicago Law Review, v. 43, 1976.
- _____. Economic Analysis of Law. 17th edition. New York: 2007.
- REQUIÃO, Rubens, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica – Disregard Doctrine. *São Paulo: RT, vol 477, 1975, p. 12-27.*
- _____. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SMITH, Ian. The Law and Economics of Marriage Contracts. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=416650>. Acesso em: 22 nov. 2012.
- SOUZA, André Pagani. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SPENCE, Michael. Job Market Signaling. The Quartely Jour-

nal of Economics, v. 87, Issue 3, p. 355-74, ago. 1973

VIANNA, Marcelo Soares. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf (coord.). Ações de Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 243-271.