V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

ARTURO CAUMONT

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/ Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-226-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil constitucional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

INEMBARGABILIDAD DEL BIEN DE FAMILIA DE TITULARIDAD DE PERSONA JURÍDICA Y LA TEORÍA DE LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD POSITIVA: UN ANÁLISIS BASADO EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

UNSEIZABILITY OF HOMESTEAD OF TITLE OF LEGAL ENTITY AND THEORY OF POSITIVE DISREGARD PERSONALITY: AN ANALYSIS BASED ON BRAZILIAN LAW

Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino

Resumo

El estudio determina si al considerar como bien de familia un inmueble de titularidad de persona jurídica, la jurisprudencia estaría utilizando la teoría de la desconsideración de la personalidad positiva. Para eso utiliza una metodología técnico-formal. La persona jurídica en la condición de ente personalizado, surge el triple efecto: titularidad obligacional, procesal y patrimonial. El único modo de atenuar los efectos y el principio de la autonomía patrimonial es por medio de la desconsideración. Al considerar como bien de familia un inmueble de titularidad de persona jurídica utiliza la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica positiva

Palavras-chave: Bien de familia, Persona jurídica, Civil y constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The study to determine whether to consider family as well a building owned by a legal person, the law would be using the theory of belittling the positive personality . For that it uses a technical- formal methodology . The legal person in the custom body condition , comes the triple effect : obligational , litigation and property ownership. The only way to mitigate the effects and the principle of patrimonial autonomy is through thoughtlessness . When considering family as well a building owned legal person uses the theory of belittling the positive legal personality

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Homestead, Corporations, Civil and constitutional

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la personalización de las relaciones privadas y de la nueva concepción del Derecho Privado, la protección a la persona gana espacio creciente, lo que superpone los puntos de interés exclusivamente patrimoniales. Los institutos privados deben ser analizados e interpretados conforme el principio de la dignidad de la persona, de la solidaridad y de la igualdad. Así, el bien de familia surge como una herramienta importante, además de tener como base el derecho fundamental a la vivienda.

El presente estudio demostrará que, al reconocer un inmueble de titularidad de persona jurídica como bien de familia, el juez utiliza la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica de manera positiva con base en los principios constitucionales. Para eso, utiliza una metodología técnico-formal, por medio del método lógico-deductivo y del procedimiento de investigación bibliográfica, que consiste en el estudio de las normas (*lato sensu*), jurisprudencias y doctrinas relativas a la temática.

Para justificar la afirmación, al principio, la preocupación del presente estudio será trabajar con la idea del abordaje metodológico llamado Derecho Civil y Constitucional, y demostrar que el Código Civil deja de ser el centro de las relaciones privadas, pasando a ocupar este lugar, la Constitución. A continuación, trabajará con la ampliación del concepto de bien de familia, especialmente al considerar inembargable un inmueble de titularidad de persona jurídica.

En el próximo paso, la persona jurídica y la autonomía patrimonial serán analizadas con el objetivo de evaluar como se queda el triple efecto de la personalización (titularidad obligacional, procesal y patrimonial) ante el reconocimiento del bien de familia. Después, demostrará que la desconsideración de la personalidad surge como una excepción al triple efecto de la personalización y, sobre todo, al principio de la autonomía patrimonial.

En el último capítulo se verificará si al considerar como bien de familia el patrimonio de titularidad de persona jurídica, el juez estaría haciendo caso omiso de la personalidad, puesto que sólo mediante este método es posible atenuar los efectos de la personalización y del principio de la autonomía patrimonial.

Por último, lo que se espera del presente estudio es reunir fundamentos jurídicos que permitan la ampliación del debate en lo que respecta a la utilización de la teoría de

la desconsideración de la personalidad jurídica de manera positiva, en la búsqueda de la dignidad de la persona y otros valores constitucionales.

2. DERECHO CIVIL Y CONSTITUCIONAL

Originado como un regulador de las relaciones privadas, el Derecho Civil surge de las diversas codificaciones, con la consiguiente necesidad de sistematizar y separar el derecho público y privado (DOMAT, 1825). El primer, busca proteger los intereses generales de la sociedad, y el segundo, busca regular los intereses y derechos innatos de las personas.[1].

Los derechos y garantías individuales son alejados del Código Civil y se convierten en parte del campo constitucional. Esto cambia la función del derecho privado, que ahora tiene por objeto establecer reglas a fin de regular la vida social y satisfacer los intereses privados. (GIORGIANNI, 1998, P. 38).

Con el liberalismo, ocurrió una separación entre lo público y lo privado, dejando a cargo de los individuos la pacificación social, libremente y conforme sus reglas. Por la ineficacia de la separación total entre el Estado y la Sociedad Civil, (BRASILINO, 2012, P. 35.), el Poder Público entra en crisis, haciéndose necesaria la intervención y regulación del Estado.

A partir de este dirigismo estatal, el Derecho Civil debe revisar sus dictados individualistas de los siglos pasados. Además, como los derechos e garantías fundamentales fueron transferidos al campo constitucional, el Derecho Consitucional debe ocupar el centro del Derecho y los otros sectores deben respetar la integración del individuo con la sociedad, o sea, el ser humano como ser social.[2].

En la sociedad posmoderna, los códigos ceden espacio a varios sistemas jurídicos, algo importante en la diversificación del Derecho Privado, que ahora sustituye el Código por normas fundamentales (LORENZETTI, 1998, P. 45); (TEPEDINO, 2005, P. 13).

[1] En la concepción de *Código* (Francés) había el derecho absoluto de disfrutar y disponer de los bienes, a este respecto su art. 544.

[2] Maria Celina Bodin de Moraes sostiene que hubo una transformación de la noción de Derecho Civil, no necesariamente por el intervencionismo estatal, pero como resultado de la aplicación inmediata de las normas constitucionales en las relaciones de carácter privado. (BODIN DE MORAES, 2010, p. 7). Posicionamiento fundamental para los siguientes autores: (FLÓREZ-VALDÉS, 1991. p. 88); (RIPERT, 1949, p. 37); (SAVATIER, 1950, p. 3).

Cabe mencionar la lección de Paulo Luiz Netto Lôbo(2005, p. 2), que así ha dicho:

> En la actualidad, no se busca la demarcación de los espacios distintos o contrapuestos. Antes, había una disyunción. Hoy, hay la unidad hermenéutica, siendo la Constitución el ápice conformador del desarrollo y de la aplicación de la legislación civil. El cambio de actitud es importante: el jurista debe interpretar el Código Civil según la Constitución, y no la Constitución según el Código, como frecuentemente ocurría (y todavía ocurre). Incluye también una cierta cantidad de humildad epistemológica. (Traducción propia)

Dentro de este contexto, surge el concepto de abordaje metodológico (TARTUCE, 2011, p. 383) llamado Derecho Civil y Constitucional, entendido como una reconstrucción axiológica que pretende aplicar los valores constitucionales a toda organización social, incluso al Derecho Privado, ya que la Constitución Federal es la norma de rango superior (PERLINGIERI, 2002, P. 5). Lo ideal es aplicar los fundamentos y objetivos del Estado democrático de Derecho que, en el caso brasileño, están protegidos por los artículos 1º y 3º de la CF/88.

No es importante decir que el Derecho Privado, en particular el Derecho Civil, tiene como criterio normativo la Constitución, sino que hay una interrelación, ya que "*ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitário que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan*" (HESSE, 1995, p. 88).

El Derecho Civil y el Derecho Constitucional caminan en favor de la efectivización de los objetivos sociales. Hay una interacción en los sectores públicos y privados que supera el modelo de incomunicación. A partir de la presente comunicabilidad, y suponiendo que el Derecho es un conjunto sistemático de normas, valores y principios, surge la búsqueda de la interacción de todo el sistema jurídico (SILVA, 1998, P. 32-37); (MOREIRA, 2008, P. 114).

Basándose en las lecciones de Tepedino(2004, P. 11-20) es posible identificar la tríada de principios del Derecho Civil y Constitucional: principio de la dignidad, principio de la solidaridad y principio de la autonomía.

El principio de la dignidad está protegido por el Art. 1º, III de la CF/88, y se refiere a afirmar la persona como un fin, no como un medio. (KANT, 1993, P. 77). El sistema jurídico brasileño adopta el superprincípio (princípio de la dignidad de la persona) como base (NERY, 2008, p. 235), y tal principio - además de otros - debe aplicarse como una forma de instrucción en la interpretación y aplicación de las normas infra constitucionales, y cabe mencionar:

> Principios como el principio de la dignidad de la persona [...] integran conjuntamente el orden constitucional positivizado, [...] no son "adornos" o formulaciones de aspecto programático. Por esta razón, no pueden dejar de utilizarse, ni utilizarlos de manera subsidiaria; deben instruir la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales, manteniendo la unidad y la coherencia del sistema (FACHIN, 2006, P. 77; traducción propia).

El segundo principio se originó en un proceso de socialización que ha provocado cambios en el entorno social. El propósito es la erradicación de la pobreza, y la búsqueda por una sociedad justa y solidaria. Los intereses económicos y sociales deben ser englobados para aspirar y alcanzar los principios y objetivos consagrados en la Constitución Federal de 1988.

El tercer principio - que completa la base de principios del Derecho Civil y Constitucional - es el principio de la isonomía o igualdad *lato sensu* establecido en el Art. 5º, *caput* de la CF/88, que cuenta con dos aspectos: el aspecto formal, que "consiste en impedir que las personas sean tratadas de forma diferente, bajo los mismos supuestos de hecho" (BORGES, 2001, p. 38); y el aspecto material, relacionado a la funcionalización de la igualdad necesaria. En otros términos, es tratar los iguales como iguales y los desiguales como desiguales. (BARBOSA, 1997, P. 26).

Además de los principios, el presente estudio adopta el concepto de horizontalización de los derechos fundamentales (SARLET, 2012, p. 261-274), entendido como la aplicabilidad de las normas constitucionales de forma inmediata, incluso en las relaciones privadas. Se basa en el Art. 5º, §1º de la CF/88, que establece la aplicación inmediata de los derechos e garantías fundamentales. Otro argumento sería que "es algo indispensable en el contexto de una sociedad desigual, donde la opresión puede surgir no sólo del Estado, sino de una multiplicidad de agentes privados, que están presentes en áreas como el mercado, la família, la sociedad civil y la empresa" (SARMENTO, 2004; traducción propia).

En el presente estudio, el derecho fundamental a la vivienda es destacado. Teniendo en cuenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y su aplicación inmediata (art. 5º, §1º de la CF/88), se destaca el concepto de normas constitucionales programáticas (destinadas al legislador y al Estado - eficacia vertical), que el presente estudio analizará, así como el instituto del bien de familia de titularidad de persona jurídica, en la búsqueda por la concreción de la protección de la persona y de los otros valores constitucionales.

3. BIEN DE FAMILIA DE TITULARIDAD DE PERSONA JURÍDICA

Cuando se habla sobre bien de familia (*homestead*), su protección deriva del derecho a la vivienda (AZEVEDO, 1999, p. 158-159), contenido en el Art. 6º de la Constitución Federal de 1988, de la dignidad de la persona, de la solidaridad (art. 3º, I de la CF/88), así como de la necesidad de preservar las bases de dignidad del deudor para posibilitar que él pueda reanudar su vida. Se observa una tendencia de ampliación en la protección de los bienes a las personas que, inicialmente, no serían consideradas como entidades familiares conforme el Art. 226 de la CF/88, derivadas del matrimonio o de la unión estable. Mediante la ampliación del concepto de "familia", surgen nuevas formas y clasificaciones de entidad familiar, además de los conceptos tradicionales contenidos en el art. 226 de la CF/88, por ejemplo, la familia "sin padres" (anaparental) (Dias, 2010, p. 48).

En este sentido, es emblemática la decisión del Supremo Tribunal de Justicia en el Recurso de casación (REsp) 182223/SP (Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. para Sentencia Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, juzgado en 06/02/2002, DJ 07/04/2003), que al declarar la inembargabilidad de un inmueble de un deudor soltero y solitario, se basa en una interpretación teleológica del art. 1º de la Ley nº 8.099/1990, con el fin de garantizar al individuo el derecho a la vivienda[3].

Queda demostrado que la protección, en realidad, está vinculada a la persona, dónde el STJ consolida que el ámbito de aplicación de la Ley n° 8.009/1990 es más amplio que sólo la "família" cuando protege la persona soltera, divorciada o viuda (Informe 364 del STJ)[4].

En una sentencia reciente, el STJ (REsp nº 950.663/SC Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Cuarta clase, juzgado en 10/04/2012, DJe 23/04/2012), consideró inembargable un inmueble cuya usufructuaria era progenitora del deudor y lo utilizava como su vivienda, y los argumentos utilizados fueron: el derecho fundamental a la vivienda, con la consiguiente expansión al principio del ser humano y el Estatuto del Anciano. (Ley nº 10.741/2003).

[3] A notar que la protección es garantizada para personas solitarias, y no en los casos donde hay la separación de los integrantes de la família, para el caso de que hayan dos inmuebles utilizados por ellos, en este sentido: REsp nº 301.580/RJ – Dje 18/06/2013.

[4] Los civilistas contemporáneos se manifestan a favor de tal posicionamiento en este sentido: (TARTUCE, 2014, p. 295); (GAGLIANO, 2003, p. 290 e 291); (FARIAS, 2006, p. 342); (SCHREIBER, 2002, p. 84).

Dicho argumento es reforzado por otras ampliaciones jurisprudenciales, con base en el patrimonio mínimo y en la protección del bien de familia. Cabe mencionar el REsp nº 621.399/RS (Rel. Ministro Luiz Fux, Primera Clase, juzgado en 19/04/2005, DJ 20/02/2006, p. 207), que declara la inembargabilidad de inmueble de persona jurídica (empresa familiar), que además de ser la sede de la pequeña empresa familiar, sirve también como vivienda para los integrantes de la entidad familiar. De acuerdo con la sentencia, "Es impuesta la exégesis humanizada, desde el punto de vista de la República destinada a la protección de la dignidad del ser humano, así que expropiar el inmueble por una determinada cantidad, significa lo mismo que enajenar un bien de familia".

Esta decisión demuestra la aplicación de los principios de los institutos infraconstitucionales, basados en las normas fundamentales, porque en el momento de la interpretación "[...] el aplicador de la norma infraconstitucional, entre más de una interpretación posible, deberá buscar la interpretación compatible con la Constitución [...]" (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 52), en la búsqueda del reconocimiento de la persona, sobreponiéndose a los intereses estatales e a la supremacía del interés público sobre el privado, considerando que se trataba de ejecución fiscal. El siguiente entendimiento doctrinario basa dicho posicionamiento: "La inembargabilidad de la Ley Nº 8.009/90, aunque tenga personas físicas como destinatarios, merece ser aplicada a determinadas personas jurídicas, a las empresas individuales, a las pequeña empresas con connotación familiar, por ejemplo, por tener identidad de patrimonios." (FACHIN, 2001, p. 154)

Otro juzgado interesante es el AgRg en Agravo en el REsp nº 264.431/SE (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Cuarta Clase, juzgado en 05/03/2013, DJ 11/03/2013) que reconoce como bien de familia el inmueble dado por hipoteca a la empresa Athenas Esportes Ltda. por la empresa Tecidos Barreto Ltda. En el contrato, se requirió una cláusula en la que el hipotecante afirmó que el sítio no era residencial. Pero se comprobó que a pesar de la propiedad ser de la persona jurídica, era utilizada como domicilio familiar, o sea, una típica empresa familiar. Cabe destacar que en los dos casos se trata de verdadera falta de consideración de la personalidad de persona jurídica positiva[5].

[5] Este concepto es utilizado teniendo en cuenta que la sentencia ignora la autonomía patrimonial en favor de la protección de la dignidad de los integrantes de la familia.

Después de analizar la expansión de la protección al bien de familia, la siguiente etapa es determinar como se queda el principio de la autonomía patrimonial en estas situaciones.

4. PERSONA JURÍDICA Y AUTONOMÍA PATRIMONIAL

El Código Civil vigente no reiteró la regla contida en el art. 20 del código anterior, pero de todos modos, la persona jurídica no puede ser confundida con sus miembros, ya que tienen derechos y obligaciones diferentes, porque son personas diferentes. (TARTUCE, 2014, p. 227); (ALMEIDA, 2004, p. 185).

Hubieron diversas teorías y subteorias que tenían el objetivo de definir la persona jurídica, según Francesco Ferrara (1923, p. 133) establecer que "la literatura era extraordinariamente rica y variada, donde figuran los mejores nombres del mundo jurídico, cuya organización en teorías autónomas presenta una dificultad singular." Dos teorías fueron primordiales para la actual concepción de persona jurídica del ordenamiento jurídico brasileño: la teoría de la ficción de Savigny y la teoría de la realidad orgánica/objetiva de Gierke y Zitelman.

Para Savigny, la persona jurídica sería la extensión del concepto de persona hecha para la ley[6]. Trabajando con la capacidad jurídica, también la considera como "extensión a los sujetos artificiales creados por simple ficción. Dichos sujetos son los llamados ‘persona jurídica’.” (SAVIGNY, 1888, P. 240).

La teoría de la realidad orgánica/objetiva de Gierke y Zitelman, en contraposición a la teoría de la ficción, afirmaba que las personas jurídicas serían entidades vivas, con realidad, independencia y voluntad consciente. Dichas afirmaciones fueron hechas “porque ellas nacen, viven, y son extinguidas por acción de las fuerzas sociales, y no por artificios del Estado." (RÁO, 1999, p. 727).

Los autores italianos Navarrini y Faggella (1950, p. 198) formularon un concepto interesante en relación a la persona jurídica:

> [...] Hay persona jurídica cuando hay un ente, reconocido expresa o implicitamente por la ley, que puede entrar en relaciones patrimoniales con terceros, o sea, tener derechos y obligaciones propias, centrados en él, y que encuentren la base y los medios de satisfacción en un patrimonio exclusivamente propio de la misma entidad.

[6] En el derecho brasileño, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2002, p. 17-18) se aproxima a esta definición, pero sustituye la ley por ordenamiento.

El presente estudio adopta el posicionamiento de la nueva generación de civilistas, o sea, la teoría de la realidad técnica. Según dicha teoría, la persona jurídica tiene existencia verdadera, pero su personalidad es adquirida por el derecho, y de esta forma tiene capacidad jurídica propia. Es una teoría intermedia de reconocimiento de procedencia jurídica, pero que tiene actuación social.

Incluso hay decisiones que reconocen el interés de la persona jurídica cuando reconocen que la desconsideración de la personalidad jurídica "trae perjuicios a las personas físicas afectadas por los efectos de las obligaciones de la persona jurídica. En realidad, ella protege los intereses de los acreedores y de la sociedad empresarial indebidamente manipulada." (AgRg en el REsp 1307639/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Clase, juzgado en 17/05/2012, DJe 23/05/2012). La decisión también sostiene que "Por consiguiente, la Norma 285 de la IV Jornada de Derecho Civil describe que la teoría de la desconsideración, prevista en el art. 50 del Código Civil, puede ser invocada por la persona jurídica a su favor". O sea, si la propia persona jurídica puede invocar la desconsideración, se concluye que ella tiene intereses propios distintos de sus socios.

Al verificar la existencia de la persona jurídica (realidad técnica), puede constatarse que tiene personalidad, según Pontes de Miranda (1972, p. 207-209), "la personalidad es la posibilidad de adaptar los soportes fácticos, para que por la incidencia de las reglas jurídicas, se conviertan en hechos jurídicos, así que es la posibilidad de ser un sujeto de derecho", y complementa que "personalidad es la misma cosa que (tener) capacidad de derecho, poder ser sujeto de derecho".

Al personalizar algo o alguien, el ordenamiento jurídico especifica sólo lo prohibido, superando la necesidad de especificación de todos los actos permitidos. Algunos efectos surgen de la personalización, es decir, al personalizar algo o alguien, derechos y obligaciones son asignados al sujeto de derecho. Hay tres consecuencias: la titularidad obligacional, la titularidad procesual y la responsabilidad patrimonial.

En lo que respecta a la titularidad obligacional, es importante decir que las operaciones jurídicas serán contraídas por la persona jurídica a través de su representante legal; ella manifestará su voluntad negocial y asumirá los derechos y obligaciones. En lo que respecta a la titularidad procesual, significa que al demandar ante los tribunales, le cabe la legitimidad para figurar en los polos activo y pasivo.

En relación a la responsabilidad patrimonial, se verifica el principio de la autonomía patrimonial, o sea, la separación de los patrimonios de la persona jurídica y de sus socios (COELHO, 2011, p. 33), y en el actual ordenamiento jurídico surge la regla de la subsidiariedad art. 1024 del CC y art. 596 del CPC.

Partiendo del triple efecto de la personalización: titularidad obligacional, titularidad procesual y responsabilidad patrimonial, se deve analizar la consideración del patrimonio de la persona jurídica como bien de familia.

5. LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD COMO EXCEPCIÓN AL TRIPLE EFECTO DE LA PERSONALIZACIÓN

Es innegable la importancia del principio de la autonomía patrimonial, que asegura la separación subjetiva de la sociedad de sus socios. Sin embargo, dicho principio es limitado cuando utilizado como fraude contra los acreedores o abuso de derecho.

En este contexto, surge la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica (*disregard of the legal entity*) que tiende "a impedir que la persona jurídica sea utilizada con éxito para fines inmorales o antijurídicos" (OLIVEIRA, 1979, p. 262), originada en la jurisprudencia del *Common Law* (Inglaterra y EE.UU.), destacándose como marco inicial en la Inglaterra en 1897 en el caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*[7] En este caso, se reconoció la desconsideración de la personalidad después de comprobar que el Sr. Salmon tenía total control societario, no habiendo justificaciones para la separación. Otro caso, el *Standard Oil Co.,* cuando en 1908 una decisión fue tomada después de reconocer la entidad como monopolista de la producción de petróleo refinado, juzgado por la Corte Suprema de Ohio, en 1892.

En el plano doctrinal, el principal sistematizador fue Rolf Serich (1955), al defender su tesis de doctorado en la Universidad de Tübigen en 1953. En Brasil, son destacados los siguientes autores: Requião (1977, p. 67 – 86), Oliveira (1979, p. 613); Casillo (1979); Comparato (1983); Justen Filho (1987); Coelho (1989).

Como se ha visto, la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica surgió como una manera de limitar la ilegalidad o el uso fraudulento de la autonomía patrimonial. Teniendo la formulación subjetiva cuando hay fraudes y abuso del derecho

[7] Hay divergencias cuanto al marco inicial.

y la formulación objetiva formulada por Comparato (1977, p. 283) relacionadas a la confusión patrimonial.

La doctrina comercialista divide la aplicación de la teoría en aplicación correcta e incorrecta (COELHO, 2011, p. 67); (BERTOLDI; RIBEIRO, 2009, p. 151), pero cuando se habla en el derecho brasileño, el presente estudio adopta la siguiente clasificación: teoría mayor (positivizada en el Código Civil art. 50 y art. 28, *caput* del CDC) y la teoría menor (positivizada en otros microsistemas)[8]. La base para utilizar esta clasificación está en la Norma nº 51 del CJF/STJ que establece que: "la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica - *disregard doctrine* - está positivizada en el nuevo Código Civil, mantenidos los parámetros existentes en los microssistemas legales y en la construcción jurídica sobre el tema".

Del mismo modo, la jurisprudencia del STJ entiende la existencia de estas dos teorías, en este sentido REsp nº 1311857/RJ (Ponente Ministra Nancy Andrighi, Juicio 13/05/2014, Publicación 02/06/2014); AgRg en el AREsp 159889/SP (Ponente Luis Felipe Salomão, Juicio 15/10/2013, Publicación 18/10/2013); AgRg en el Ag 1342443/PR (Ministro Massami Uyeda, Juicio 15/05/ 2012, Publicación 24/05/2012); AgRg en el AREsp 275810/MG (Ministra Maria Isabel Gallotti, Juicio 28/05/2013, Publicación 12/06/2013).

Lo que se asume en la teoría mayor es la ilegalidad que se caracteriza por el desvío de propósito (teoría subjetiva) o la confusión patrimonial (teoria objetiva). Por otro lado, la teoría menor no necesita dichas suposiciones, siendo suficiente la simple insolvencia.

La teoría menor fue positivizada en el §5º del art. 28 del CDC, igualmente en el art. 4 de la ley 9.605/1998, en el art. 34, Párrafo Único de la ley 12.529/2011. En el ámbito laboral, también se adopta esta teoría teniendo como base el principio de la protección del trabajador. Cuánto a los art. 134 y 135 del CTN, este autor entiende que no se trata de desconsideración de la personalidad, pero de responsabilidad personal de los practicantes del acto (HIRONAKA, 2008).

Otra vertiente de evolución de la teoría, es la llamada desconsideración inversa, donde la personalidad jurídica es desconsiderada para responsabilizarla por obligación del socio (BASTID; DAVID; LUCHAIRE, 1960, P. 47). Dicha teoría es utilizada

[8] Dicha clasificación fue formulada por Fábio Ulhoa Coelho en 1999 (2011, P. 67), pero el autor entiende hoy en día que esta clasificación está sobrepasada y utiliza los términos aplicación correcta y incorrecta. No se puede convenir con dicha afirmación, ya que la teoría está positivizada por el ordenamiento jurídico brasileño, y la adopción de mayor y menor es innegable.

generalmente en el caso de existencia de personas jurídicas asociativas y fundacionales, principalmente en el ámbito del derecho de familia y sucesiones. Son asunciones: el desvío de bienes, simulaciones, fraude o abuso de derecho. La aplicabilidad del Art. 50 de forma inversa fue prestigiada por la Norma 283 de la IV Jornada de Derecho Civil del CJF/STJ, que establece lo siguiente: “Art. 50. Es conveniente la desconsideración de la personalidad jurídica llamada "inversa" para lograr bienes de socio que utilizaron la persona jurídica para ocultar o desviar bienes personales, haciendo daño a terceros".

Como se puede observar, la teoría de la desconsideración de la personalidad siempre fue utilizada de modo negativo (castigo/represión). En el caso de la mayor y de la inversa, se parte de la base de la ilegalidad; y en el caso de la menor, se parte de la base de la insolvencia. Pero todavia hay que analizar la posibilidad de utilizar dicha teoría de modo positivo, o sea, para defesa de la dignidad de la persona y otros valores constitucionales.

6. TEORÍA DE LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA POSITIVA

Cuando se habla de persona jurídica, se verifica que tiene personalidad, entonces tiene existencia además de su socio. De esto, surgen las titularidades obligacional, procesual y patrimonial.

Teniendo personalidad, surge el principio de la autonomía patrimonial. De acuerdo con dicho principio, los bienes de las personas jurídicas son responsables por satisfacer las obligaciones contraídas por ella. La doctrina y la jurisprudencia entienden que en algunas situaciones, dicho principio puede ser atenuado a favor de otros valores. Así que, teniendo personalidad jurídica, la única manera de alejar el principio es a través de la desconsideración de la personalidad[9].

Teniendo en cuenta el bien de familia de titularidad de persona jurídica, fueron utilizados los siguientes juzgados: REsp nº 264.431/SE y REsp nº 621.399/RS. Hay que

[9] Desconsiderar la personalidad no está relacionado con despersonalizar.

analizar si al considerar el patrimonio de la empresa como bien de familia, estarían utilizando la desconsideración de la personalidad jurídica positiva.

En el primer caso, es evidente que al considerar como bien de familia un inmueble de titularidad de persona jurídica, ocurre la atenuación del principio de la autonomía patrimonial. En este sentido, la decisión es:

> Examinando los archivos, se observa que el registro inmobiliario, presentado en la hoja 65, indica que la titularidad del inmueble pertenece a la empresa TECIDOS BARETO LTDA.
> Entretanto, la propietaria ser una persona jurídica no haz con que sea retirada la inembargabilidad de bien de familia, principalmente porque la empresa tiene carácter familiar, y porque sus socios residen en el lugar mencionado, como comprobado previamente (REsp nº 264.431/SE).

En otros términos, cuando se habla de empresa familiar y el inmueble es destinado a la vivienda, la titularidad patrimonial es alejada en favor de la protección de la entidad familiar.

En el segundo caso, se trata de embargos juzgados en primera instancia por reconocer como bien de familia un inmueble registrado oficialmente en nombre de la persona jurídica, o sea, no fue considerada la autonomía patrimonial.

Sólo la desconsideración de la personalidad jurídica permite el alejamiento del triple efecto de la personalización y la atenuación del principio de la autonomía patrimonial. En los dos casos fue utilizada la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica positiva al reconocer la inembargabilidad del inmueble, de titularidad de una persona jurídica, que servía como vivienda para sus socios.

CONCLUSIÓN

Frutos de nuevas necesidades y limitaciones, surgen instrumentos con el objetivo de cumplir el principio de la dignidad de la persona, a fin de garantizar el mínimo existencial a todos. Entre ellos, el bien de familia, que tuvo su concepto ampliado a lo largo del tiempo hasta que consideró inembargable un inmueble de titularidad de una persona jurídica, si el inmueble sirve como vivienda para la família y es una empresa familiar. En en presente estudio, se llegó a las siguientes conclusiones:

- Al ganar espacio en el centro del ordenamiento jurídico, la Constitución tiene en su órbita las relaciones jurídicas y sociales;

- Las normas constitucionales sirven como una fuente de interpretación de las relaciones privadas, teniendo como base los siguientes principios: dignidad de la persona, solidaridad e igualdad;

- Además de los principios básicos, es necesario reconocer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en este caso, el derecho fundamental a la vivienda;

- Es posible considerar un inmueble como un bien de familia, aunque sea de titularidad de una persona jurídica, si el inmueble sirve de vivienda y es una empresa familiar;

- El ordenamiento jurídico brasileño adoptó la teoría de la realidad técnica, o sea, tiene existencia distinta de los socios;

- Al ganar personalidad, surge el triple efecto: autonomía obligacional, procesal y patrimonial, que transcurre el principio de la autonomía patrimonial, donde los bienes de la persona jurídica y de los socios no son confundidos;

- Teniendo como objetivo impedir abusos de la autonomía patrimonial, surge la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica, que en el derecho brasileño, se divide en: teoría mayor e inversa, basadas en la presencia de la ilegalidad y la teoría menor, basada en el incumplimiento. En estos casos, la teoría es utilizada de forma negativa, o sea, tiene como objetivo castigar y reprimir a los actos ilegales;

- Sólo la desconsideración de la personalidad jurídica permite el alejamiento del triple efecto de la personalización y la atenuación del principio de la autonomía patrimonial. Al considerar el patrimonio de la persona jurídica como bien de familia, el juez ignora la autonomía patrimonial, y utiliza la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica positiva al reconocer la inembargabilidad del inmueble, propiedad de una persona jurídica, que sirve de vivienda para sus socios.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios:** obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ,** Rio de Janeiro**,** v. 6, n. 23, p. 25 - 65, 2003.

BASTID, Suzanne; DAVID, René; LUCHAIRE, François (org). **La personalité morale ET sés limites. Études de droit compare ET de droit internacional public.** Paris: LGDJ, 1960.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de Direito Comercial.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana:** estudos de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. **A (re) definição do Poder Estatal frente ao Poder Econômico.** Curitiba: Protexto, 2012.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 68, v. 528, p.24-40, out.1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO. Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** 3. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado**,** 2010.

DOMAT, Jean. **Le leggi nel loro ordine naturale.** Pavia: Tip. Bizzoni, 1825.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRARA, Francesco. **Teoria delle persone giuridiche.** 2. ed. Napoli: Marghieri, 1923.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva. 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas fronteiras. **Revista dos Tribunais,** a. 87, v. 747. São Paulo, jan. 1998.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Direito de empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 6.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes:** coleção os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos de direito privado.** São Paulo: RT, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsói, 1972.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo:** a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

NAVARRINI, U.; FAGELLA, G. **Das sociedades e associações comerciais.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado.** São Paulo: RT, 2008.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução do Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial I.** São Paulo: Saraiva, 1977.

RIPERT, Georges. **Le déclin du droit.** Paris: L.G.D.J., 1949.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVATIER, René. **Du droit civil au dorit public.** Paris: L.G.D.J., 1950.

SAVIGNY, Federico Carlo Di. **Sistema del dirittoromano attuale.** Torino: Unione tipografico, 1888.

SERICK, Rolf. **Rechtsform unde Realität juristischer Personen.** Milão: Giuffrè, 1966.

SCHREIBER, A. **Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro**: Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Lei de Introdução e Parte Geral. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Responsabilidade Civil Objetiva e Risco:** a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. **Novas tendências do bem de família.** São Paulo: Quartier, 2006.