

## A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POSITIVA COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino<sup>1</sup>

BRASILINO, F. R. R. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica positiva como instrumento efetivador de direitos fundamentais. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 18, n. 2, p. 217-233, jul./dez. 2015.

**RESUMO:** Objetiva-se com o presente analisar como a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica positiva pode ser utilizada de forma a resguardar a função social e a preservação da empresa. Uma vez que a pessoa jurídica adquire personalidade única possibilidade de mitigar tais efeitos e o próprio princípio da autonomia patrimonial é por meio da desconconsideração. A teoria, na sua origem, foi utilizada como forma de combater a ilicitude (teoria maior e inversa) ou a insolvência (teoria menor), ou seja, sempre utilizada sob o ponto de vista negativo (como forma de punição). O que se demonstra no presente, por meio do método monográfico, é a sua utilidade para resguardar e defender valores constitucionalmente consagrados, como a dignidade da pessoa humana, função social e preservação da empresa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desconconsideração personalidade; Direitos fundamentais; Pessoa jurídica; Valores constitucionais.

---

### INTRODUÇÃO

O presente estudo analisará a evolução da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e como ela pode ser utilizada no intuito de assegurar direitos e garantias constitucionais.

Partindo-se do pressuposto que a pessoa jurídica é um sujeito autônomo em relação aos seus titulares, verifica-se que apenas por meio da desconconsideração da personalidade é possível afastar os efeitos da personalização. Dessa maneira, demonstrar-se-á que a teoria, além da forma tradicional, pode ser utilizada de forma positiva para resguardar a dignidade da pessoa e outros valores constitucionais como os princípios da função social e da preservação da empresa.

Para tanto, o presente trabalho se vale de uma metodologia técnico-

---

DOI: <https://doi.org/10.25110/rcjs.v18i2.2015.5855>

<sup>1</sup>Doutorando em Função Social do Direito na FADISP. Mestre em Direito Negocial pela UEL (2012). Especialista em Metodologia de Ensino pela UNOPAR (2010) e em Direito Internacional e Econômico pela UEL (2012). Professor Universitário. Advogado e consultor jurídico. professorbrasilino@gmail.com

-formal, por meio do método lógico-dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, que consiste na análise das normas (*lato sensu*), jurisprudências e doutrinas relativas à temática.

Para justificar tais afirmações, em um primeiro momento, a preocupação do presente texto será a de analisar a pessoa jurídica e a autonomia patrimonial. Ao personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica, delimita apenas o proibido e o obrigatório, superando a necessidade de especificação de todos os atos que podem ser feitos (permitidos), nos termos do art. 5, II da Constituição Federal. Dessa maneira, sendo reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, três efeitos são decorrentes, a saber, a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a titularidade patrimonial.

Essa separação subjetiva é extremamente necessária ao desenvolvimento e é um dos pilares do direito societário. Todavia, em algumas situações, deve-se afastar o princípio da autonomia patrimonial em prol de outros valores. Nesse sentido, o segundo capítulo buscará analisar a desconsideração da personalidade como exceção aos efeitos da personalização.

No terceiro capítulo, a preocupação será discutir os princípios da função social e da preservação da empresa. Atualmente, é axiomática a importância social da empresa, seja sob o prisma da geração de empregos, do desenvolvimento do país ou para auferição de lucros por seus titulares. Em decorrência disso, tanto na perspectiva de gerar empregos quanto na ajuda ao desenvolvimento etc. é que a importância de sua preservação vem à tona.

Oportuno, portanto, verificar no quarto e último capítulo como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica positiva pode ser útil para a eficácia e efetivação dos princípios da função social e da preservação da empresa.

Assim, examinar-se-á a teoria positiva sob dois enfoques. O primeiro, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, analisará a possibilidade de considerar o patrimônio empresarial como bem de família. Já no segundo, verificar-se-á a possibilidade de utilizar a teoria para efetivar os princípios da função social e da preservação da empresa.

A contribuição do presente estudo é ampliar a discussão e debate sobre a possibilidade da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma positiva, na busca da proteção da dignidade da pessoa e outros valores constitucionais na perspectiva da sociabilidade dos institutos do direito privado.

## **1. PESSOA JURÍDICA E A TRIÁDE CONSEQUÊNCIA DOS EFEITOS DA PERSONALIZAÇÃO**

Ao se falar em pessoa jurídica, vários são os posicionamentos quanto

à sua natureza. O Código Civil de 1916, no seu art. 20, estabelecia a autonomia patrimonial de tais entes. Por outro turno, o atual Código Civil não repetiu tal regra, todavia é inegável que, ao adquirir personalidade, surgem todas as consequências desse ato. Assim, uma vez cumprido o disposto no art. 45 do Código Civil, começa a existência legal das pessoas jurídicas, passando elas a ter direitos e deveres, que são diversos dos de seus membros por se tratar de pessoas distintas (TARTUCE, 2014, p. 227).

Como outrora dito, várias são as teorias e subteorias que visam a definir a pessoa jurídica, ao ponto de Francesco Ferrara (1923, p. 133) estabelecer que a “literatura [é] extraordinariamente rica e variada, na qual figuram os melhores nomes do mundo jurídico, cuja organização em teorias autônomas apresenta singular dificuldade”. Apesar de as diversas teorias buscarem explicar a natureza jurídica de tais entes, duas são determinantes para a atual concepção de pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, quais sejam, a teoria da ficção de Savigny e a teoria da realidade orgânica ou objetiva de Gierke e Zitelman.

Para Savigny, a pessoa jurídica seria a extensão do conceito de pessoa feito pela lei<sup>2</sup>. Ao trabalhar com a capacidade jurídica, o autor esclarece que a considera “também como extensiva aos sujeitos artificiais criados por simples ficção. Tais sujeitos são por nós denominados pessoa jurídica” (SAVIGNY, 1888, p. 240).

Já a teoria da realidade orgânica ou objetiva de Gierke e Zitelman, em contraposição àquela, afirma que as pessoas jurídicas seriam entidades vivas, com realidade, independência e vontade consciente. Ou seja, nascem por forças sociais e não por artifícios do Estado (RÁO, 1999, p. 727).

Os autores italianos Umberto Navarrini e Gabriele Faggella (1950, p. 198) formularam interessante conceito relativo à pessoa jurídica, a saber

[...] existe pessoa jurídica quando existe um ente, reconhecido explicitamente ou implicitamente pela lei, o qual possa, como tal, entrar em relações patrimoniais com terceiros, isto é, ter direitos e obrigações próprias, que concentrem nele, encontrem a base e o meio de satisfação num patrimônio exclusivamente próprio da mesma entidade.

Um ponto em comum, nas teorias e no conceito analisados, reside no fato de reconhecer que a pessoa jurídica e seus membros possuem capacidades, interesses e legitimações distintas. No presente estudo, adotar-se-á o posicionamento da nova geração de civilistas que contempla a teoria da realidade técnica, para a qual a pessoa jurídica tem existência real, entretanto a sua personalidade

<sup>2</sup>No direito brasileiro, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2002, p. 17-18) aproxima-se desta definição, todavia substitui a lei por ordenamento.

é adquirida por meio do Direito, dessa forma tem capacidade jurídica própria. Trata-se de uma teoria intermediária ao reconhecer a procedência jurídica, entretanto que tem atuação social.

Dessa forma, é oportuno reconhecer o interesse da pessoa jurídica, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Relator Herman Benjamin, ao tratar do tema desconsideração da personalidade, diz “importa[r] prejuízo às pessoas físicas afetadas pelos efeitos das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. A rigor, ela resguarda interesses de credores e da própria sociedade empresária indevidamente manipulada” (AgRg no REsp 1307639/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012). Com isso, reconhece-se a ausência de “legitimidade [e] interesse recursal para questionar decisão que, sob o fundamento de ter ocorrido dissolução irregular, determina a responsabilização dos sócios”. Corrobora a tese da dissociação de interesses, o fundamento utilizado com fulcro no Enunciado n. 285 da IV Jornada de Direito Civil, sobre a possibilidade de invocação da teoria em favor dela. Ou seja, a própria pessoa jurídica pode invocar a desconsideração, logo conclui-se pela existência de interesses próprios e distintos dos seus sócios.

Ao verificar a existência da pessoa jurídica (realidade técnica), verifica-se que ela tem personalidade, nas palavras de Pontes de Miranda (1972, p. 207-209), “a personalidade é a possibilidade de se encaixar os suportes fáticos que pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos, portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito” e complementa que “personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito”.

Ao personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica, delimita apenas o proibido e obrigatório, supera a necessidade de especificação de todos os atos que podem ser feitos (permitidos), nos termos do art. 5, II da Constituição Federal. Dessa maneira, sendo reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, três efeitos são decorrentes, a saber, a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a titularidade patrimonial.

O primeiro efeito, a titularidade obrigacional, impõe legitimação à celebração dos negócios jurídicos aos entes, os quais manifestarão a sua vontade negocial, por meio dos seus respectivos representantes e, como decorrência disso, assumirá as consequências. O segundo, de natureza eminente processual, estabelece a legitimidade da pessoa jurídica, e não dos seus membros, para figurar nos polos ativo e passivo, nos termos dos arts. 17 e 18 do Novo Código de Processo Civil (no anterior o art. 3º).

Sobre a titularidade patrimonial, o terceiro efeito, o que se verifica é o princípio da autonomia patrimonial, ou seja, a separação dos patrimônios da pessoa jurídica dos seus membros (COELHO, 2011, p. 33), que, no atual ordenamento jurídico, tem tamanha importância, ante a existência da regra da subsidia-

riedade contida no art. 1.024 do Código Civil e no art. 795 do Novo Código de Processo Civil (no anterior o art. 596).

## 2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE COMO EXCEÇÃO AOS EFEITOS DA PERSONALIZAÇÃO

Inegável a necessária dissociação dos interesses da pessoa jurídica e dos de seus membros. A separação subjetiva da sociedade e dos seus integrantes é de extrema importância, em especial o princípio da autonomia patrimonial. Essa sistemática possibilita uma melhor gerência negocial em matéria obrigacional, tributária etc. Porém, deve-se mitigar tal princípio quando presente a ilicitude, ou seja, quando utilizado de forma a fraudar credores ou mesmo ocorrer abuso de direito. Corroboram essa afirmação os ensinamentos de Rolf Serick (1958, p. 31 e 32), para quem “la persona jurídica está rigorosamente separada de la personalidad de sus miembros, la jurisprudencia alemana demuestra que continuamente es preciso penetrar hasta alcanzar a los hombres que se hallan tras ella, a su peculiar substrato”.

Nesse contexto, surge a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity*), esta que tende “a impedir que a pessoa jurídica seja utilizada, com sucesso, para fins imorais ou antijurídicos” (OLIVEIRA, 1979, p. 262). Originada na jurisprudência do *Common Law* (Inglaterra e Estados Unidos da América), destaca-se como marco inicial na Inglaterra em 1897, no caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*<sup>3</sup> Na situação, foi reconhecida a desconconsideração da personalidade, após aferir que Mr. Salmon detinha total controle societário, não havendo justificativa para existir a separação.

No plano doutrinário, o principal sistematizador foi Rolf Serich (1955) ao defender tese de doutorado na Universidade de Tübingen, na Alemanha, em 1953. No Brasil destacam-se os seguintes autores: Rubens Requião (1977, p. 67–86); J. Lamartine de Oliveira (1979, p. 613); João Casillo (1979); Fábio Konder Comparato (1983); Marçal Justen Filho (1987); Fábio Ulhoa Coelho (1989).

Como visto, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica surgiu como forma de limitar a ilicitude ou uso fraudulento da autonomia patrimonial. Tendo a formulação subjetiva, quando presentes a fraude e o abuso do direito, e a formulação objetiva formulada por Fábio Konder Comparato (1977, p. 283) ligada à confusão patrimonial.

<sup>3</sup>Existem divergências quanto ao marco inicial. João Batista Lopes (2003, p. 36-46), por exemplo, entende que o precedente mais antigo é a decisão do Juiz Marshall, proferida em 1809, no caso *Bank of United States vs. Deveaux*. Nos Estados Unidos - no *case State vs. Standard OilCo.* -, uma decisão foi proferida ao reconhecer a entidade como monopolista na produção de petróleo refinado, julgado pela Corte Suprema de Ohio em 1892.

Outra vertente de evolução da teoria é a chamada desconsideração inversa, em que a separação subjetiva da pessoa jurídica do sócio é desconsiderada para responsabilizá-la por obrigação do sócio (BASTID; DAVID; LUCHAIRE, 1960, p. 47). Tal teoria é usualmente utilizada no caso de existência de pessoas jurídicas, em especial associativas e fundacionais, principalmente no âmbito do direito de família e sucessões. Rolf Hanssen Madaleno (1998, p. 27) foi um dos pioneiros a tratar da teoria, no Brasil, ao trabalhar em sua obra *Direito de Família: aspectos polêmicos a aplicabilidade da teoria*. Muitas vezes, a personalidade jurídica é utilizada pelos devedores como forma de fraudar a obrigação pensional; nesse contexto, Luiz Alberto Caimmi e Guillermo Pablo Desimone (1997, p. 23) entendem como plenamente possível penetrar nas formas jurídicas e desconsiderar a separação patrimonial.

São pressupostos para incidência da teoria o desvio de bens, simulação, fraude ou abuso de direito e a aplicabilidade do art. 50 do Código Civil, de forma inversa, foi prestigiada pelo Enunciado 283 da IV Jornada de Direito Civil do CJP/STJ que assim dispõe: “Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

Atualmente, a teoria tradicional está positivada no art. 50 do Código Civil e art. 28, *caput* do Código de Defesa do Consumidor; e na forma inversa, no §2º, do art. 133 do Novo Código de Processo Civil. A doutrina comercialista costuma dividir a incidência da teoria em aplicação correta e incorreta (COELHO, 2011, p. 67); (BERTOLDI; RIBEIRO, 2009, p. 151). Todavia, ao se falar no Direito brasileiro, o presente estudo adota a classificação em teoria maior (positivada no Código Civil – art. 50, art. 28, *caput* do Código de Defesa do Consumidor; e §2º, do art. 133 do Novo Código de Processo Civil) e teoria menor (positivada em outros microsistemas)<sup>4</sup>. O fundamento de utilizar essa classificação está no Enunciado nº 51 da I Jornada de Direito Civil do CJP/STJ que dispõe: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregarddoctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

De igual forma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende a existência dessas duas teorias, nesse sentido: REsp nº 1311857/RJ (Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgamento 13/05/2014, Publicação 02/06/2014); AgRg no AREsp 159889/SP (Relator Luis Felipe Salomão, Julgamento 15/10/2013, Publicação 18/10/2013); AgRg no Ag 1342443/PR (Ministro Mas-

---

<sup>4</sup>Tal classificação foi formulada por Fábio Ulhoa Coelho em 1999 (2011, p. 67), todavia, atualmente entende o autor que está superada esta classificação e utiliza os termos aplicação correta e incorreta. Não se pode concordar com tal afirmação, uma vez que a teoria encontra-se positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro e é inegável a adoção da maior e menor.

sami Uyeda, Julgamento 15/05/ 2012, Publicação 24/05/2012); AgRg no AREsp 275810/MG (Ministra Maria Isabel Gallotti, Julgamento 28/05/2013, Publicação 12/06/2013).

O pressuposto da teoria maior é a ilicitude caracterizada pelo desvio de finalidade (teoria subjetiva) ou a confusão patrimonial (teoria objetiva). Por outro lado, a teoria menor não exige tais pressupostos, bastando, em regra, a mera insolvência.

A teoria menor foi positivada no §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, de igual forma no art. 4º da Lei 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente), no art. 34, parágrafo único da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), no art. 23 do Decreto-Lei n. 2.953/99 e no §3º do art. 18 da Lei 9.847/1999, essas duas últimas referem-se às atividades relativas ao petróleo e combustíveis. No âmbito trabalhista, adota-se também essa teoria, utilizando-se como fundamento o princípio da proteção ao trabalhador e a lei comum como fonte subsidiária, por força do art. 8º, parágrafo único da Consolidação das Leis Trabalhistas que diz que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste” e art. 769 sobre matéria processual.

Quanto aos arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional, entendemos não se tratar de descon sideração da personalidade, mas sim de responsabilidade pessoal dos praticantes do ato, no mesmo sentido é o entendimento da ilustre Professora Giselda Maria Fernandes N. Hironaka (2008).

Até o presente momento, demonstrou-se que a teoria da descon sideração da personalidade sempre foi utilizada e positivada sob o aspecto negativo (punitivo/repressivo/desestímulo). No caso da maior e da inversa, parte-se do pressuposto da ilicitude (Enunciado n. 7 da I Jornada de Direito Civil do CJP/STJ); e no caso da menor, o pressuposto é a insolvência. Entretanto, resta analisar se haveria a possibilidade de utilizar tal teoria sob o ponto de vista positivo, ou seja, para resguardar a dignidade da pessoa e outros valores constitucionais como os princípios da função social e da preservação da empresa.

### **3. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Atualmente, é axiomática a importância social da empresa, seja sob o prisma da geração de empregos, do desenvolvimento do país e ou da auferição de lucros aos seus titulares. Destarte, quando a pessoa jurídica adquire a personalidade jurídica, junto aos efeitos da personalização, resultam daí direitos e deveres, que devem ser vistos sob a ótica dos valores e objetivos do Estado Democrático de Direito positivados no art. 3º da Constituição Federal.

O conceito *função social* tem origem nos diálogos socráticos contidos no livro *A República*, de Platão, em que a cidade ideal resultaria da interação do homem e da *Pólis* de acordo com a importância e utilidade daquele a esta. Trata-se de transcender os interesses egoístas, centrados nas ações individuais, em respeito a valores com dimensões sociais (FORMAIO, 2013, p. 64 e 65).

No ordenamento pátrio, o princípio da função social da empresa decorre da função social da propriedade prescrita nos art. 5º, XXII, art. 182, §2º; e art. 186 da Constituição Federal. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (1994, p. 74), “a propriedade como direito fundamental não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social: por conseguinte, tem necessidades de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade”.

Assim, as sociedades empresariais têm uma função social, a qual interessa aos empregados, fornecedores, à comunidade local e até mesmo ao próprio Estado. A doutrina comercialista tende a ligar a ideia de função social da empresa aos regimes totalitários, em especial ao nazismo. Vale citar o entendimento de Márcio Tadeu Guimarães Nunes (2010, p. 281), segundo o qual “[...] em 1936 Hitler anunciou que a economia deveria operar sem ressalvas em função do povo (*Volk*) e, caso as empresas não conseguissem preencher esta função, o Estado Nazista as encamparia”. Não se coaduna com tal posicionamento, pois entendemos que o termo *Volk* está mais próximo de *interesse nacional*, uma vez que, o termo pode ser traduzido como *povo* e também *etnia*. Dessa forma, parece-nos que relacioná-lo à nacionalidade e, conseqüentemente ao *interesse nacional*, é mais adequado do que o conceito de *interesse público*.

Vale lembrar que *interesse público*, atualmente, não deve ser entendido como o *interesse da administração pública* que, por vezes, confunde-se com *interesse da nação*, mas sim como o respeito aos valores e objetivos que, no caso brasileiro, estão positivados no art. 3º da Constituição Federal e, em especial, como o respeito à dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado (art. 1º, III da Constituição Federal). Ademais, concorda-se com o posicionamento de Paulo Cesar Gonçalves Simões (2003, p. 11) quando este diz que a “[...] doutrina da *Rathenau* foi utilizada de forma distorcida pelo nazismo, tendo servido para justificar as maiores aberrações em nome do pseudointeresse público e do exacerbado nacionalismo”.

A legislação brasileira, em especial o Código Civil de 2002, assegura ao empresário o caráter de agente social, devendo exercer suas atividades econômicas balizadas pelos princípios sociais e individuais, tendo plena consciência de sua função, situando, na empresa, uma natureza importante de agente social, dotado de conceituado poderio econômico.

As sociedades empresárias são responsáveis por vários fatores importantes para a sobrevivência da sociedade, pois elas geram empregos e recolhem

tributos, além de movimentar a economia por meio da compra e venda de bens, também pela prestação de serviços. Porém, não bastam tais atitudes às empresas para ter cumprida sua função social, mas também observar alguns preceitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), respeitar os princípios do valor social do trabalho (art. 1º, IV) e da solidariedade (art. 3º, I); promover a justiça social (art. 170, caput), a soberania nacional (art. 170, I) e a função social da propriedade (art. 170, II); respeitar a livre iniciativa (art. 170, caput e art. 1º, IV); garantir a defesa do consumidor (art. 170, V) e a defesa do meio ambiente (art. 170, VI); lutar pela redução das desigualdades sociais (art. 170, VII) e pela busca do pleno emprego (art. 170, VIII), entre outros.

Foi a partir do contexto social, com o aumento da expressão do clamor da sociedade por uma empresa que não levasse apenas em conta os interesses individuais da corporação, mas sim os interesses difusos e coletivos, que houve a redefinição do papel social da empresa, fazendo-se necessário demonstrar sua utilidade na busca do bem comum (*interesse público*). Ultrapassando a velha concepção de lucro e geração de empregos, outrossim, sendo vista como instituição sociopolítica. Isso reflete na mudança da ênfase do econômico para o social, corolário ao fato de a sociedade estar mais atenta ao comportamento ético das empresas.

Nessa perspectiva, vale citar o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 37), para quem a função social é cumprida quando “gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores”. E na sequência dispõe que “se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social”. E por fim conclui que “os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal”.

Hodiernamente, além das responsabilidades econômicas e legais, exigem-se das empresas também responsabilidades éticas, morais e sociais. As empresas têm de conciliar a necessidade de obter lucros a comportamentos ético-legais. Ademais, deve-se compreender que elas não são apenas meras produtoras de bens, mas também fazem parte de um contexto sociopolítico, ou seja, trata-se de um ente político. Exemplo disso é a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que visa responsabilizar de forma objetiva (administrativa e civil) as pessoas jurídicas por prática de atos contra a administração pública, nesse sentido é seu art. 2º ao dispor que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

Assim, expandem-se os papéis das organizações no intuito de abranger e valorizar questões de caráter social e político, obrigando seus administradores a adequar-se aos anseios sociais do papel social da empresa de acordo com os objetivos do Estado. Vale lembrar que, as corporações não podem se utilizar de seu potencial homogeneizador de acordo com interesses privados, já que elas têm uma função social insculpida em todo ordenamento pátrio.

Como já afirmado, as empresas têm hoje grande importância social, seja para gerar empregos, ajudar no desenvolvimento, etc. Assim, ganha importância o ideal de sua preservação.

O princípio da preservação da empresa é formulado, pela doutrina e jurisprudência, tendo como base normas relacionadas à resolução da sociedade quanto a um sócio (arts. 1.028 *et seq* do Código Civil), da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil e art. 28, *caput* de Código de Defesa do Consumidor) e do ideal de recuperação judicial positivado pela Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência). Disso se extrai que o objetivo e a proteção juridicamente concedida são preservar a atividade e o empreendimento. Todavia, é inegável que tal princípio decorre de valores constitucionais como a livre iniciativa e a propriedade privada. Oportuno, portanto, verificar como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica positiva pode ser útil para a eficácia dos princípios da função social e da preservação da empresa.

#### **4. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POSITIVA**

Como outrora dito, a pessoa jurídica ao adquirir personalidade passa a existir com interesses distintos dos seus membros. Disso decorre a titularidade obrigacional, processual e patrimonial.

Uma vez a pessoa jurídica dotada de personalidade, as questões obrigacionais, em regra, são imputadas a ela, e não aos seus sócios. A personalização faz com que os bens das pessoas jurídicas sejam responsáveis pela satisfação das obrigações contraídas por ela. A doutrina e jurisprudência entendem que, em determinadas situações, poder-se-ia desconsiderar os efeitos da personalização em prol de outros valores. Portanto, havendo personalidade jurídica, a única maneira de afastar o princípio da autonomia patrimonial, por exemplo, é por meio da desconsideração da personalidade<sup>5</sup>.

Nessa perspectiva, examinar-se-á a teoria da desconsideração da personalidade jurídica positiva sob dois enfoques. O primeiro, utilizando como fundamento a dignidade da pessoa humana, analisará a possibilidade de considerar o patrimônio empresarial como bem de família. Já no segundo, verificar-se-á a

<sup>5</sup>Desconsiderar a personalidade não tem relação com despersonalizar.

possibilidade de utilizar da teoria no intuito de efetivar os princípios da função social e da preservação da empresa.

No primeiro enfoque, a discussão reside na possibilidade de desconsiderar a personalidade, em especial o efeito patrimonial, e reconhecer como bem de família, no intuito de proteger a moradia dos sócios, um imóvel de titularidade da pessoa jurídica. Serão utilizados como paradigmas os seguintes julgados, o Recurso Especial nº 264.431/SE e o Recurso Especial nº 621.399/RS.

No primeiro aresto, trata-se de um imóvel de propriedade da pessoa jurídica dado em garantia, em favor de terceira pessoa jurídica, deste modo a hipotecante e nem seus sócios foram beneficiários do empréstimo, o bem é único e serve de moradia à entidade familiar de seus titulares, portanto entendeu-se que deveria ser reconhecida a impenhorabilidade, com fulcro no art. 1º da Lei n. 8.009/1990.

Apenas a desconsideração da personalidade jurídica possibilita o afastamento dos efeitos da personalização e a mitigação do princípio da autonomia patrimonial. Ou seja, na situação em epígrafe, tratava-se de empresa familiar, o imóvel era destinado também à moradia e foi dado em garantia a favor de outrem, desta maneira, a titularidade patrimonial, foi afastada em prol da proteção da entidade familiar.

O segundo acórdão trata-se de embargos à execução fiscal que foram julgados procedentes, por reconhecer como bem de família, mesmo estando o imóvel formalmente em nome da pessoa jurídica, ou seja, foi desconsiderada a autonomia patrimonial. O imóvel em questão era de propriedade da sociedade comercial, todavia os únicos sócios, em regime de empresa familiar, utilizavam-no como residência.

É indubitável que, quando um imóvel de propriedade da pessoa jurídica é considerado bem de família, ocorre a mitigação do princípio da autonomia patrimonial. Portanto, sendo apenas possível afastar os efeitos da personalização, por meio da desconsideração, *in casu* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que denominamos positiva. Nas duas situações em estudo, foi utilizada essa teoria ao se reconhecer a impenhorabilidade do imóvel, de titularidade da pessoa jurídica, que servia de moradia dos sócios desta.

No segundo enfoque, analisar-se-á a utilização da teoria no intuito de efetivar os princípios da função social e da preservação da empresa. Serão utilizados como fundamentos o Enunciado n. 285 da IV Jornada de Direito Civil da CJF/STJ e o art. 790, VII do Novo Código de Processo Civil.

Como visto, em decorrência da personalidade jurídica adquirida, separam-se os interesses e direitos subjetivos da pessoa jurídica dos de seus titulares. Dessa maneira, a *disregard, a priori*, visa a proteger os credores, todavia entendemos que, de maneira reflexa, protege também a própria pessoa jurídica

da atuação deletéria dos sócios. Em razão de sua autonomia, poderá agir contra a vontade de um ou mais membros sempre que não estiver de acordo com os objetivos sociais.

Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil da CJF/STJ, foi aprovado o Enunciado n. 285 que dispõe: “A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor”. Essa discussão é, frequentemente, travada quando da análise de interesse recursal da pessoa jurídica em caso de desconsideração. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, tem entendido que não há interesse recursal, uma vez que a decisão beneficia, mesmo que de forma reflexa, a pessoa jurídica. Neste sentido, é o entendimento da Ministra Relatora Nancy Andrichi que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.421.464/SP, publicado no Diário da Justiça em 12 de maio de 2014, assim diz: “O interesse na desconsideração ou, como na espécie, na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica” e complementa afirmando que se faz necessária a presença dos requisitos autorizadores “[...] da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade”.

Na prática, o requerimento da desconsideração da personalidade poderia ser requerido pela pessoa jurídica representada por alguns dos seus sócios, ou pelo Ministério Público, em favor dela, quando couber intervir no processo como *custos legis*, nos termos do art. 50 do Código Civil e *caput* do art. 133 do Novo Código de Processo Civil. A título de exemplo, poderia ocorrer tal pedido em caso de recuperação judicial, em que o Ministério Público atuaria por força do art. 52, V, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência), no intuito de preservar a empresa, tendo em vista a sua função social. Uma vez desconsiderada a personalidade, ocorre a incidência do inciso VII do art. 790 do Novo Código de Processo Civil, que assim dispõe: “art. 790. São sujeitos à execução os bens: [...] VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica”. Trata-se de grande mudança trazida pelo novo código processual, uma vez que o incidente de desconsideração possibilita o contraditório e ampla defesa nos termos do art. 5º, LV da Constituição Federal.

Assim, verifica-se que ocorre a desconsideração da personalidade jurídica positiva de duas formas, a primeira visando a proteger a entidade familiar ao reconhecer como bem de família um imóvel de titularidade da pessoa jurídica. A segunda, quando desconsidera-se a personalidade em favor da própria pessoa jurídica, como forma de preservação da empresa em razão da sua função social.

## CONCLUSÃO

A separação subjetiva entre pessoa jurídica e seus sócios é de extrema importância para o direito societário e o desenvolvimento empresarial. Ela possibilita melhor organização obrigacional, tributária, etc. Além de ensejar melhor organização dos riscos empresariais ante as regras, em especial da subsidiariedade (art. 1.204 do Código Civil), contidas no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, por vezes necessária se faz a desconsideração da personalidade e dos seus consequentes efeitos como forma de combater a ilicitude ou até mesmo assegurar, garantir e efetivar outros valores consagrados na norma constitucional.

Nesse ínterim, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica que, em sua gênese, foi repressor do abuso da personalidade, tem sido reinventado em decorrência de novas demandas e condicionantes relativas à temática. Com base nessas afirmações, foi possível ao presente estudo chegar às seguintes conclusões:

- Ao se falar em pessoa jurídica, verifica-se que ocorre a separação subjetiva entre ela e os seus titulares, ou seja, tem ela existência e interesses próprios que são distintos dos sócios;

- Ao personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica delimita apenas o proibido e obrigatório, supera a necessidade de especificação de todos os atos que podem ser feitos (permitidos), nos termos do art. 5, II da Constituição Federal. Dessa maneira, sendo reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres, três efeitos são decorrentes, a saber, a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a titularidade patrimonial;

- Visando a coibir abusos da autonomia patrimonial, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que, no direito brasileiro, está dividida em: teoria maior e inversa, as quais necessitam da presença da ilicitude; e a teoria menor, que necessita do inadimplemento. Ou seja, a teoria é utilizada de forma negativa, ou seja, visa punir e reprimir os atos ilícitos;

- Apenas a desconsideração da personalidade jurídica possibilita o afastamento dos efeitos da personalização e a mitigação do princípio da autonomia patrimonial;

- Em decorrência da evolução da teoria da desconsideração da personalidade, em algumas situações relativizam-se os efeitos da personalização em prol de outros valores, tais como, a dignidade da pessoa humana, os princípios da função social e preservação da empresa;

- É axiomática a importância social da empresa, seja sob o prisma da geração de empregos, do desenvolvimento do país e da auferição de lucros por seus titulares. Destarte, quando a pessoa jurídica adquire a personalidade jurídica, junto aos efeitos da personalização, resultam daí direitos e deveres (*função*

*social*), estes que devem ser vistos sob a ótica dos valores e objetivos do Estado Democrático de Direito positivados no art. 3º da Constituição Federal e, em decorrência disso, ganha importância o ideal de sua preservação;

- Na teoria da desconsideração da personalidade jurídica positiva, a análise se deu por dois enfoques: no primeiro verificou-se a possibilidade de desconsiderá-la, em especial, tendo em vista o efeito patrimonial, e reconhecer como bem de família, no intuito de proteger a moradia dos sócios, um imóvel de titularidade da pessoa jurídica. O segundo reconheceu a possibilidade de utilizar a teoria para efetivar os princípios da função social e da preservação da empresa, uma vez que a *disregard*, mesmo que, *a priori*, visa proteger os credores. Todavia, entendemos que, de maneira reflexa, protege também a própria pessoa jurídica da atuação deletéria dos seus sócios, por intermédio do Ministério Público, por exemplo, em caso de recuperação judicial;

- Por fim, verifica-se que ocorre a desconsideração da personalidade jurídica positiva de duas formas: a primeira visando a proteger a entidade familiar ao reconhecer como bem de família um imóvel de titularidade da pessoa jurídica; a segunda quando desconsidera-se a personalidade em favor da própria pessoa jurídica, como forma de preservação da empresa em razão da sua função social.

## REFERÊNCIAS

BASTID, Suzanne; DAVID, René; LUCHAIRE, François (Org.). **La personalit morale ET s s limites. Études de droit compare ET de droit internacional public**. Paris: LGDJ, 1960.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

CAIMMI, Luis Alberto; DESIMONE, Guillermo Pablo. **Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

CASILLO, João. Desconsidera o da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 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.

\_\_\_\_\_. **Princípios do direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2012.

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

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

FORMAIO, Leonardo Cosme. A função social da recuperação judicial nas microempresas e empresas de pequeno porte à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). **Direito empresarial.** Florianópolis: FUNJAB, 2013. cap. 3, p. 58-78. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=035042d40726e6ac>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

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

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.

LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 818, p. 36-46, dez. 2003.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família: aspectos polêmicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

NAVARRINI, Umberto; FAGELLA, Gabriele. **Das sociedades e associações comerciais.** Rio de Janeiro: J.Konfino, 1950.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: QuartierLatin, 2007.

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

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.

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

SERICK, Rolf. **Aporencia y realidade en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica**. Barcelona: Ariel, 1958.

\_\_\_\_\_. **Rechtsform und Realität Juristischer Personen**. Milão: Giuffrè, 1966.

SIMÕES, Paulo Cesar Gonçalves Simões. **Governança corporativa e o direito de voto nas assembléias das s.a.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. São Paulo: Método, 2014.

### **THE THEORY OF DISREGARDING THE POSITIVE LEGAL PERSONALITY AS AN EFFECTIVE INSTRUMENT OF BASIC RIGHTS**

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to analyze how the theory of disregarding the positive legal personality may be used in order to protect the social role and the preservation of the company, since the legal entity acquires a unique personality, with the ability to mitigate such effects and the very principle of asset autonomy through disregard. The theory, in its origin, was used as a way to fight illegality (higher and inverse theory) or insolvency (lower theory), that is, always used under the negative point of view (as punishment). What is shown here, through the monographic method, is its use to protect and defend values that are constitutionally enshrined, such as human dignity, the social role and the preservation of the company.

**KEYWORDS:** Constitutional values; Disregard personality; Fundamental rights; Legal person.

## LA TEORÍA DE DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA POSITIVA COMO INSTRUMENTO EFECTIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

**RESUMEN:** Con esta investigación se objetiva analizar como la teoría de desconsideración de la personalidad jurídica positiva puede ser utilizada de forma a resguardar la función social y la preservación de la empresa, una vez que la persona jurídica adquiere personalidad única, posibilidad de mitigar tales efectos y el propio principio de la autonomía patrimonial es por medio de la desconsideración. La teoría, en su origen, ha sido utilizada como forma de combatir la ilicitud (teoría mayor e inversa) o la insolvencia (teoría menor), o sea, siempre utilizada bajo el punto de vista negativo (como forma de punición). Lo que se demuestra en el trabajo, por medio del método monográfico, es su utilidad para resguardar y defender valores constitucionalmente consagrados, como la dignidad de la persona humana, función social y preservación de la empresa.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos fundamentales; Desconsideración de personalidad; Persona jurídica; Valores constitucionales.