

TATIANE LAUCK SOUZA

**A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: AS
CONTROVÉRSIAS DO ARTIGO 28**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Dr. Roberto Freitas
Filho

BRASÍLIA
2010

SOUZA, Tatiane Lauck

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor: as controvérsias do artigo 28/ Tatiane Lauck Souza. Brasília: UniCEUB, 2010.

62 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Dedico este trabalho especialmente à Janete Lauck e Renata Lauck, minha mãe e minha irmã, por toda confiança, apoio e, sobretudo, amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha amada família, especialmente aos meus avós, à minha madrinha e à minha irmã, por sempre terem acompanhado meu crescimento, acreditado nas minhas conquistas e comemorado cada vitória.

Às minhas queridas amigas, que me acompanharam, ajudaram e apoiaram nesses anos longe da minha família.

Ao meu dedicado orientador, por sua paciência, minha sincera gratidão.

Agradeço, finalmente, à minha mãe, cujo amor, força e dedicação construíram a pessoa que me tornei. Por todas as oportunidades que me concedeu, pela confiança. À ela, meus agradecimentos por uma vida toda.

A personalidade criadora deve pensar e julgar por si mesma, porque o progresso moral da sociedade depende exclusivamente da sua independência.

Albert Einstein

RESUMO

O trabalho desenvolvido tem como finalidade examinar minuciosamente a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor, explanando seus aspectos históricos, legislativos, doutrinários e jurisprudenciais. De tal modo, facilitar a compreensão das controvérsias típicas que envolvem o tema e, por consequência, demonstrar sua relevância e eficácia na resolução de conflitos inerentes à relação de consumo.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica, Desconsideração da Personalidade Jurídica, Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor e Jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS	10
1.1 O Instituto da Personalidade Jurídica	10
1.1.1 Origem e Desenvolvimento do Instituto	10
1.2 O surgimento da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica	11
1.3 O desenvolvimento da teoria no Brasil	14
1.3.1 A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Ordenamento Jurídico Brasileiro	15
1.3.1.1 A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor	19
2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ASPECTOS DOUTRINÁRIOS	22
2.1 A Pessoa Jurídica	22
2.1.1 A Sociedade Empresária	23
2.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica	24
2.2.1 A teoria da desconsideração inversa	25
2.2.2 Desconsideração e Despersonalização	27
2.3 As Teorias a respeito da Desconsideração da Personalidade	27
2.3.1 Teoria Maior e Teoria Menor	28
2.3.2 Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva	29
2.4 Requisitos para a Desconsideração da Personalidade Jurídica	31
2.4.1 Personificação	31
2.4.2 Fraude e Abuso de Direito	32
2.4.3 Pressuposto da Licidade	33
2.5 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no CDC	33
2.5.1 O parágrafo 5.º do art. 28 do CDC	38
2.5.1.1 Interpretação Ampla, Autônoma ou Literal	38
2.5.1.2 Interpretação Restritiva ou Sistemática	39

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS	41
3.1 A discricionabilidade do juiz e as controvérsias do art. 28 do CDC.....	41
3.2 A evolução jurisprudencial nas últimas décadas	42
3.3 A Jurisprudência atual.....	51
3.4 Pontos controvertidos da Teoria na Jurisprudência	53
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nasceu na jurisprudência, a fim de coibir repetidos desvios de finalidade cometidos por meio da autonomia patrimonial concedida à sociedade pelo instituto da pessoa jurídica e, desse modo, evitar seu desvirtuamento.

Segundo Martins de Freitas, “o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo maior obstar a ocorrência de fraudes ou abusos por meio da utilização da personalidade jurídica”.¹

A lei 8.078/1990 acolheu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visando dar uma proteção a mais ao consumidor, vez que esta permite a penetração na autonomia patrimonial de sociedades personificadas em determinadas circunstâncias.

A presente pesquisa tem como objeto o estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica através da sua origem histórica, da construção jurisprudencial e doutrinária e, por fim, focar nos aspectos legislativos, principalmente no que se refere ao direito do consumidor.

A *disregard doctrine*, como também é conhecida a teoria da desconsideração, será trabalhada inicialmente no âmbito histórico, para melhor compreensão de sua origem. Em seguida, será demonstrada a introdução da doutrina no sistema jurídico brasileiro e sua devida repercussão.

Na etapa seguinte, a análise será direcionada aos aspectos doutrinários, onde serão delineados os conceitos, tanto da pessoa jurídica, quanto da sua desconsideração, traçadas as devidas distinções, explanadas as diversas formulações que compõe a teoria,

¹ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.

demonstrados os requisitos necessários para tal e, ademais, tratar o art. 28 do CDC com todas as suas particularidades.

E, por fim, será observada a relevância da teoria no sistema jurídico pátrio através da jurisprudência, sua importância nas últimas décadas e como está sendo empregada atualmente, as controvérsias geradas pelo uso de diretrizes divergentes e, ainda, será feita uma breve apreciação a respeito da discricionariedade do magistrado.

A escolha do tema foi fundada na busca incessante por revolver conflitos entre interesses das sociedades personificadas e dos consumidores, entes complexos e particularmente atraentes. A solução imediata, porém, não tão eficaz, foi recorrer ao Código de Defesa do Consumidor e, através dele, estudar os mais variados elementos que compõe a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A doutrina e, sobretudo, a jurisprudência, traçam inúmeras formas de interpretação para o art. 28 do CDC, especialmente no que tange o seu § 5º, fomentando ainda mais as controvérsias próprias da matéria. E este trabalho espera poder colaborar para o enriquecimento da discussão.

O estudo não pretende limitar o tema nem, tampouco, ditar o que é certo ou errado na teoria. A pretensão é no sentido de contribuir para a melhor compreensão do que trata a desconsideração da personalidade jurídica e, se possível, fazer com que os operadores do direito avaliem suas diversas diretrizes e possam aplicá-las de maneira consciente.

Portanto, é razoável afirmar que, apesar de se tratar de elaboração recente, “a desconsideração da personalidade jurídica é uma das mais expressivas tendências experimentais pelo Direito”² e, por consequência disso, se tornou imprescindível para a resolução de determinados conflitos existentes na sociedade e no ordenamento jurídico.

² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 208.

1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS

1.1 O Instituto da Personalidade Jurídica

A personalidade jurídica é um dos institutos do direito privado que possui maior relevância social, devido ao impacto econômico gerado por sua extrema utilização desde o século XIX.

As sociedades personificadas são, pois, uma das chaves do sucesso da atividade empresarial³, afinal a personificação trouxe consigo uma supervalorização da autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidades, elementos essenciais para a devida segurança dos sócios em relação ao seu patrimônio particular e, conseqüentemente, impulsionadores das relações de comércio.

1.1.1 Origem e Desenvolvimento do Instituto

O comércio é uma atividade que vem se desenvolvendo desde os primórdios da civilização, e um dos seus grandes marcos foi o fenômeno da personificação das sociedades.

Há quem acredite que já havia personificação no direito romano, porém esta não se estendia à sociedade, mas sim ao Estado, ao erário, aos príncipes, aos colégios sacerdotais, às heranças jacentes e as sociedades de *pias*, estes entes denominavam-se *collegia, universitates, corpora*, e nunca *personae*, como posteriormente ficou conhecido⁴. A dita pessoa jurídica inexistia na Roma antiga, todo seu foco de análise e desenvolvimento jurídico se voltava aos *civis*, ou pessoas físicas.

As primeiras formas associativas que se tem ciência surgiram na Idade Média, estas tinham por finalidade a criação de empresas econômicas pelos comerciantes

³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção *apud* TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 245.

⁴ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

italianos permitindo a conjugação de esforços em prol de um fim comum⁵. Contudo, a personificação culminou no século XIX, quando as relações comerciais foram se tornando mais complexas e houve a objetivação do conceito de comerciante, definindo-o como aquele que pratica atos de comércio com habitual profissionalidade⁶.

Com a explosão capitalista e tendo em vista o agudo desenvolvimento da industrialização, o Estado entendeu o valor da iniciativa privada como elemento imprescindível para a economia e o comércio. Em virtude disso, decidiu dar às formas associativas uma estrutura jurídica que fosse adequada para seguir a evolução desta sociedade voltada ao capitalismo. Então, o Estado concedeu às formas associativas uma personalidade e capacidade jurídica, dotada de direitos e obrigações.

A consagração do instituto da personalidade jurídica no ordenamento jurídico se deu, justamente, em razão da iniciativa privada e da consequente e reiterada utilização de formas associativas nas práticas comerciais.

Vale salientar que esta autonomia patrimonial da sociedade empresária e as limitações de responsabilidade em relação ao sócio, advindas do instituto da personificação, foram muito valorizadas desde o seu surgimento e, inicialmente, era impossível sua superação, afastamento ou desconsideração.

1.2 O surgimento da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

A preocupação com o mau uso da personalidade atribuída às sociedades passou a existir a partir do século XIX, simultaneamente ao desenvolvimento do instituto, e com isso a necessidade de buscar meios idôneos para coibi-lo. Para não atingir efeitos adversos ao direito foi necessária a relativização da autonomia patrimonial concedida.

A teoria da desconsideração, também denominada no Direito Comercial como doutrina do *disregard of legal entity*, desenvolveu-se inicialmente nos países da *Common Law*, pois no direito continental os fatos não têm a força de gerar novos princípios, em detrimento da legislação⁷. As jurisprudências inglesa e norte americana, no início do

⁵ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 35-36.

⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

⁷ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

século XIX, já buscavam o afastamento da personalidade societária com o fim de considerar as características particulares do sócio.

A respeito do surgimento da teoria da superação da pessoa jurídica, Lima Machado pondera:

Em face de reiteradas fraudes cometidas por meio da personificação de sociedades anônimas, iniciou-se a formação de uma doutrina, por construção jurisprudencial, que busca coibir abusos verificados. Essa doutrina, tratada por alguns doutrinadores como “teoria”, visa adentrar o cerne da sociedade, superando, ou desconsiderando, sua personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio que se oculta atrás da máscara da sociedade.⁸

O primeiro episódio nos Estados Unidos se deu em 1809, com o caso *Bank of United States vs. Deveaux*, em que o Juiz Marshall afastou a pessoa jurídica e levou em consideração as características individuais de cada sócio⁹. Este ainda não poderia ser avaliado como um caso próprio de desconsideração da personalidade, mas sim como um marco para o seu surgimento.

A desconsideração dos efeitos da personalidade jurídica teria se materializado na jurisprudência inglesa, através do polêmico caso *Salomon x Salomon & Co.*, em 1897.

O caso iniciou-se quando Aaron Salomon constituiu uma *company* conjuntamente com seis sócios, membros de sua família, e resignado seu fundo de comércio à sociedade que fundara, em decorrência recebeu vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros sócios coube somente uma ação para a integração do valor da incorporação do fundo de comércio da nova sociedade. Salomon recebeu obrigações garantidas na importância de dez mil libras esterlinas. A sociedade, logo após, mostrou-se insolvável, sendo que o ativo era incapaz de satisfazer as obrigações garantidas, nada restando para os credores quirografários.¹⁰

⁸ MACHADO, Edna Moreira de Lima. A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF)**, Brasília, vol. 1, nº 1, jan-jun/2000, p. 63.

⁹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 352.

Foi sustentado pelo liquidante que Salomon agiu com má-fé ao limitar sua responsabilidade, por isso este deveria ser condenado a pagar todas as dívidas advindas da *company*. A satisfação dos credores devia ser feita através da quantia acometida na liquidação do seu crédito privilegiado.

Entendendo que Salomon era de fato proprietário do fundo de comércio, o Juízo de primeira instância e, posteriormente, a Corte, receberam a sustentação do liquidante. Assim, foi afastada a autonomia patrimonial que a Salomon & Co. possuía.

Esta decisão foi reformada pela Casa de Londres, valorizando primordialmente a autonomia patrimonial da *company* de Salomon que, teoricamente, havia sido constituída de forma regular e, portanto, válida. No entanto, mesmo com isenção de responsabilidade pessoal de Aaron Salomon ante seus credores, houve repercussão das decisões formuladas pelas instâncias inferiores, surgindo assim a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Ressalta-se que, apesar da sua origem se dar na Inglaterra, foi a jurisprudência norte-americana que deu azo ao desenvolvimento desta teoria, ampliando-se, mais tarde, por grande parte da Europa.

O professor da Universidade de Pisa, Piero Verrucoli, em 1964, tratou a desconsideração em sua monografia *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*¹¹, baseado tão somente na jurisprudência inglesa, mais precisamente no caso supramencionado, Salomon x Salomon & Co.¹²

A teoria da desconsideração foi materializada pelo jurista alemão Rolf Serick, e seus estudos aprofundados acerca do tema tiveram grande notoriedade e repercussão na Europa. A partir desta sistematização tornou-se possível chegar ao conceito atual da *disregard doctrine*, como a teoria também é conhecida.

¹¹ VERRUCOLI, Piero *apud* RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 11, jul-set/1994, p. 7.

¹² RODRIGUES, Simone Gomes. Op. cit.

1.3 O desenvolvimento da teoria no Brasil

As primeiras manifestações a respeito da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil vieram do, até então, professor e advogado Rubens Requião, que, baseado nas obras de Piero Verrucoli e Rolf Serick, divulgou seus estudos numa revista jurídica de grande repercussão em 1969.

Para Requião, o direito brasileiro estava preparado para receber a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, como assim assevera:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o Juiz brasileiro, tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.¹³

O autor, além de colaborar para a divulgação da teoria no Brasil, exerceu considerável influência para a sua inserção na legislação, não obstante a contribuição de outros renomados doutrinadores.

Em 1972, Pontes de Miranda, em seu “Tratado de Direito Privado”¹⁴, versou sobre a teoria, porém, não com os contornos traçados pelo seu sistematizador, Rolf Serick, no que concerne seu conceito e finalidade.

Fábio Konder Comparato, em sua obra “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”¹⁵, contribuiu para a expansão da teoria quando analisou com profundidade a personificação das sociedades com enfoque na sua desconsideração ou despersonalização, explicando suas respectivas diferenças e formas adequadas de utilização.

Comparato tratou com sapiência, tanto o instituto da pessoa jurídica, quanto à teoria que versa sobre seu afastamento, contudo, teceu austeras críticas ao enfoque dado por

¹³ REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1969, vol. 410, p. 12-24.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1972.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1977.

grande parte da doutrina e jurisprudência, que identifica a fraude e o abuso como as razões da desconsideração.¹⁶

Vale citar Marçal Justen Filho, que tratou a teoria em “Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro”¹⁷. O autor define a desconsideração da pessoa jurídica como um remédio jurídico para quem atinge resultado incompatível com a função social da sociedade.

A abrangência acerca do tema dada por Justen Filho, sem desmerecer seu amplo conhecimento jurídico, pode causar severas dúvidas doutrinárias, por se tratar de um conceito incompleto da real teoria da desconsideração.

João Casillo pode, também, ser mencionado como colaborador para a disseminação da teoria no Brasil, quando publicou, na RT 528, seu estudo de Direito Comparado desenvolvido acerca da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades.

O renomado doutrinador comercialista Fábio Ulhoa Coelho, influenciado por Rubens Requião, defende que a *disregard doctrine* pode ser utilizada pelos juízes independentemente de previsão legal, por se tratar de um instrumento de repressão a atos fraudulentos¹⁸. O autor demonstra, em suas mais recentes explanações, que a aplicação teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro já está por deveras consolidada.

1.3.1 A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Apesar do Direito brasileiro integrar a “família” romano-germânica, o que dificulta a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica¹⁹, é possível observar que a legislação pátria, há algumas décadas, vem buscando regulamentar a supracitada teoria por meio de normas oriundas dos mais diversos ramos do direito.

¹⁶ RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 11, jul-set/1994, p. 11.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 2, p. 37.

¹⁹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 139.

A antiga Lei das Sociedades Anônimas, o Decreto Lei nº 2.627/1940, já responsabilizava os sócios particularmente nos casos dolo ou culpa, de violação da lei ou de seus estatutos. Com o mesmo entendimento veio a nova Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404/1976, onde pode ser observada a superação da pessoa jurídica nas hipóteses do seguinte dispositivo:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da lei ou do estatuto.

No Direito Tributário há inúmeras discussões a respeito da aplicação da teoria, isto porque este se caracteriza pela tipicidade, pelo princípio da legalidade, que repele a tributação baseada num conceito geral ou cláusula geral²⁰. Contudo, o posicionamento adotado pelo Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, confirma sua aceitação, como é notório em seu artigo 135, inciso III:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Outro ramo do direito bastante controverso em relação à *disregard doctrine* é o Direito do Trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho gerou polêmica na redação do seu § 2º do artigo 2º, note-se:

Art. 2º, § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987, p. 109.

Marlon Tomazette considera que tal dispositivo excepciona a autonomia resultante da formação de grupos empresariais, determinando a solidariedade das várias empresas integrantes do grupo, sem cogitar do abuso de poder ou da fraude.²¹

Há quem defenda que a única possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Trabalho é no seguinte artigo da CLT:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Funcionando, assim, o direito comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.²²

No Brasil, o primeiro dispositivo legal a mencionar diretamente à desconsideração da personalidade jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, nas disposições do seu artigo 28²³. No entanto, uma considerável parcela de estudiosos da matéria considera a redação deste dispositivo um tanto questionável no que se refere à *disregard doctrine*, como trataremos mais detidamente a seguir.

A Lei Antitruste, nº 8.884/1994, fez uso à teoria da desconsideração da pessoa jurídica para a devida proteção das estruturas de livre mercado. No caso de infração à ordem econômica, a autonomia patrimonial não pode se configurar um empecilho, como demonstrado no dispositivo subsequente:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

²¹ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

²² GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 67.

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

Em uma análise imediata do mencionado dispositivo, é inquestionável o cabimento da teoria, inclusive sua redação muito se assemelha com a do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, porém este, assim como àquele, não empregou as contribuições da formulação doutrinária, perdendo consistência técnica.²⁴

Podemos observar a aplicação da *disregard doctrine* no direito positivo brasileiro, também, no artigo 4º da Lei nº 9.605/1998, que pune o agressor ao meio ambiente através do afastamento da autonomia patrimonial. Leia-se a redação: “Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

O corpo desse dispositivo fere completamente o sustentáculo da presente teoria, pois ignora elementos considerados essenciais para a maioria esmagadora da doutrina: a fraude e o abuso de direito. Elementos estes, pertencentes à teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, a serem analisados posteriormente.

No novo Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, a desconsideração da personalidade jurídica vem manifestadamente positivada como meio de sanção ao mau uso do instituto da personificação. Tentando, assim, o legislador, receber a teoria nos contornos formulados por seu precursor, Rolf Serick, como é possível ressaltar no dispositivo ulterior:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que o efeito de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi recepcionada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula 486, que diz “Admite-se a retomada para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante do capital”. Nesta situação, a teoria opera em benefício da sociedade mercantil.

A *disregard doctrine*, no direito brasileiro, é aplicável independentemente de haver previsão legal. O juiz pode perfeitamente superar a personalidade jurídica sempre que ela for utilizada de forma fraudulenta no sentido de frustrar o legítimo interesse do credor,

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

mesmo nas situações não abarcadas pelas legislações que se fazem servir da teoria, como o Código Civil, Lei Antitruste, Lei do Meio Ambiente, Código de Defesa do Consumidor, etc.

1.3.1.1 A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal brasileira elevou os direitos do consumidor à categoria de direitos fundamentais (Art. 5º - XXXII – O estado promoverá, na forma da lei, a defesa do Consumidor).²⁵

Em razão dessa disposição constitucional veio o Código de Defesa do Consumidor, que, como supramencionado, foi pioneiro ao tratar, de forma clara e concisa, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. O afastamento da autonomia patrimonial se trata de uma punição para quem violar a lei.

Com a redação um tanto imprecisa, o *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor enumera as circunstâncias as quais se adéqua a aplicação da *disregard doctrine*, veja-se:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou atos ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Neste dispositivo, individualmente, o Código de Defesa do Consumidor acolhe a doutrina que consagrou e sistematizou a teoria da desconsideração da personificação societária.²⁶

Vale ressaltar que, o parágrafo 1º do supracitado artigo da lei consumerista foi vetado. Enquanto os parágrafos 2º, 3º e 4º, tratam da responsabilidade das sociedades que cultivam alguma relação entre si e, em decorrência disso, causam danos ao consumidor. Analisemos a transcrição subsequente:

²⁵ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 129.

²⁶ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

Acerca dos dispositivos acima mencionados, Alberton sustenta o seguinte entendimento:

Embora estejam integrados no rótulo da desconsideração, as hipóteses ali previstas se afastam do tema. Nesses parágrafos há apenas a preocupação com a responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas e integrantes de grupo, dando-lhe responsabilidade subsidiária ou solidária e reforçando os limites da coligada. Note-se, pois, que não há efetiva desconsideração de cada uma, aumentando o seu âmbito de responsabilidade.²⁷

Nos parágrafos aludidos o legislador buscou expandir a responsabilidade dos grupos societários, sociedades controladas, consórcios e sociedades coligadas em suas relações com os consumidores²⁸. Estas sociedades serão diretamente responsabilizadas pela prática de atos que causem danos aos consumidores de produtos e serviços que por elas foram fornecidos.

Destarte, estes dispositivos abordam a responsabilidade solidária ou subsidiária, determinada pela própria lei, sendo dispensável a intervenção judicial no sentido de proclamar desconsideração²⁹. A teoria se faz desnecessária com o objetivo de fazer operar a responsabilidade.

O parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor também versa a desconsideração da pessoa jurídica, porém, o legislador não foi muito feliz na

²⁷ ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 7, jul-set/1993, p. 20.

²⁸ MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, vol. 12, nº 23, jan-dez/2004, p. 193.

²⁹ MACHADO, Edna Moreira de Lima. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Curso de Direito / Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF)**, Brasília, vol. 1, nº 1, jan-jun/2000, p. 67.

formulação de tal dispositivo³⁰, que assim estabelece: “§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

O artigo descrito oferece ao jurista um campo muito amplo de situações que acarretariam no afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para efeito de imputação de responsabilidade³¹, contudo, há autores que defendam que esta redação estaria desvirtuando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Kruger Filho defende ser “perfeitamente possível a superação da personalidade societária quando esta constituir-se em óbice para a restituição do patrimônio do consumidor lesado”³². Com opinião contrária, Ulhoa Coelho assevera que sem a presença da fraude ou do abuso de direito não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica.³³

Amaro acredita que o parágrafo desperta reações extremamente adversas na doutrina, que vão desde o banimento da teoria até um vultoso engrandecimento desta.³⁴

Este dispositivo, sem dúvida, pode ser considerado o mais polêmico de todos os que abrangem a *disregard doctrine*, pois há quase duas décadas suscita discussões na doutrina, divergências nos tribunais e impacto na vida de pessoas físicas e jurídicas.

³⁰ RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 11, jul-set/1994, p. 18.

³¹ SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 2, abril-jun/1992, p. 74.

³² KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 13, jan-mar/1995, p. 83.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 146.

³⁴ AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 5, jan-mar/1993, p. 179.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

2.1 A Pessoa Jurídica

Mesmo com o considerável desenvolvimento do direito comercial e as complexidades de suas relações, legisladores e doutrinadores ainda não conseguiram chegar a um entendimento uníssono a respeito do real conceito ou definição do que seja pessoa jurídica.

Para a teoria pré-normativista, também conhecida como teoria orgânica da personalidade jurídica, as pessoas jurídicas são seres preexistentes e independentes da ordem jurídica, se apresentando ao direito como uma realidade incontestável, algo que a ordem positiva não pode ignorar. Esta teoria entende que a natureza das pessoas jurídicas se assemelha à das pessoas físicas.³⁵³⁶

A teoria da ficção da pessoa jurídica, em contraposição à teoria orgânica, defende que as pessoas jurídicas são criações da ordem jurídica. Portanto, para os seguidores desta teoria, sem uma precisa previsão legal não há o que se falar em personalidade jurídica.

Atualmente, para a maior parte dos estudiosos, a pessoa jurídica é um instrumento utilizado para a composição dos interesses de uma comunidade jurídica. Por isso, conclui-se, que a personificação não é anterior ao direito, mas sim uma ficção jurídica, cuja existência emana da lei.³⁷

Para Negrão a “pessoa jurídica é tudo o que, para além da pessoa singular, é reconhecido, pelo Estado, como um sujeito de direitos”.³⁸

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8.

³⁶ A reiterada utilização das obras de Fábio Ulhoa Coelho na presente pesquisa é justificável pela importância de suas ideias para o direito, já que é mencionado em inúmeras obras doutrinárias de diferentes autores e é regularmente citado em julgados de grande relevância para o ordenamento jurídico, não obstante seu renomado conhecimento jurídico.

³⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 230.

³⁸ *Ibidem*, p. 231.

As pessoas jurídicas podem ser classificadas como de direito público, que pode ser interno ou externo, e de direito privado, no entanto, o critério que os distingue não reside na origem dos recursos empregados em sua constituição, como pode parecer à primeira vista³⁹. Na realidade, o regime jurídico a que as pessoas jurídicas de direito privado e público se submetem é o principal critério de diferenciação.

A pessoa jurídica possui existência distinta da dos seus membros, sejam eles sócios, administradores ou empregados.

O instituto da personalidade jurídica possui a função de limitar os riscos das atividades desenvolvidas pelos seus membros através da sua autonomia⁴⁰ e, deste modo, impulsionar a economia e o desenvolvimento social.

2.1.1 A Sociedade Empresária

As pessoas jurídicas de direito privado podem se manifestar em diferentes contornos, como entende Ulhoa Coelho:

As pessoas jurídicas de direito privado constituídas exclusivamente com recursos particulares podem assumir três formas diferentes: fundação, associação ou sociedade. O traço característico destas duas últimas é a união de esforços para realização de fins comuns. Se esses fins são econômicos, a pessoa jurídica é uma sociedade⁴¹.

A pessoa jurídica de direito privado, denominada sociedade, é um dos focos da presente pesquisa e consiste em “um ente autônomo com direitos e obrigações próprias, não se confundindo com a pessoa de seus membros, os quais investem apenas uma parcela do seu patrimônio, assumindo riscos limitados de prejuízo”⁴². Este ente desenvolve atividade econômica de circulação e produção de bens ou serviços, geralmente na figura de sociedade anônima ou limitada.⁴³

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

⁴⁰ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op.cit., p. 13.

⁴² TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op.cit., p. 13.

Os efeitos da personificação societária são: a titularidade processual e negocial (decorrentes da inscrição de seus atos constitutivos), a individualidade própria, e a autonomia patrimonial.

As sociedades comerciais, de acordo com sua natureza, se fundam em dois princípios gerais: a limitação da responsabilidade dos sócios e a separação patrimonial⁴⁴. Princípios estes, que não mais são tratados como absolutos e incondicionais, como pormenorizado a seguir.

2.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica

A partir da personificação das sociedades, seus membros obtiveram uma proteção advinda da limitação de seus prejuízos durante a exploração da atividade econômica, contudo, começaram a surgir desvios de finalidade inerentes desta dita proteção.

Na prática, a pessoa jurídica adquire obrigações, por intermédio de seus membros, não comportados por seu patrimônio próprio. Ao final, os sócios ficam com os benefícios proventos dessas obrigações enquanto a sociedade e os credores suportam os prejuízos.

A desconsideração ou afastamento da personalidade jurídica da sociedade surgiu, justamente, para coibir os mencionados desvios de finalidade e o uso indevido da pessoa jurídica, mais precisamente, da sua autonomia patrimonial.

A pessoa jurídica é, indubitavelmente, um instrumento importantíssimo e essencial ao exercício da atividade empresarial, porém, a lei hoje não a considera um dogma intangível⁴⁵, como observado no surgimento do instituto. Se a personalidade da sociedade não for usada de forma legítima a separação patrimonial dos sócios e da empresa poderá ser afastada. Há uma relativização da personalidade jurídica que, anteriormente, era sopesada como absoluta. Storry Lins entende que:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa precisamente coibir as fraudes e abusos, viabilizados através do mau uso da regra da

⁴⁴ LINS, Daniela Storry. **Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

⁴⁵ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica**: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

separação patrimonial. O pressuposto incontornável da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a manipulação fraudulenta e abusiva da autonomia patrimonial.⁴⁶

Se a sociedade empresária se mantém íntegra, a anulação dos seus atos jurídicos, decorrentes da superação da personalidade, é desnecessária. A desconsideração da personalidade se faz necessária para neutralizar possíveis atos condenáveis praticados pelos membros da sociedade por intermédio da pessoa jurídica.

No que tange a devida utilização da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, Gloger afirma que “a desconsideração da personalidade jurídica só é possível em casos excepcionais, quando a lei expressamente a prevê ou quando certas condições especiais necessárias à sua configuração estiverem presentes”.⁴⁷

Há inúmeras circunstâncias em que doutrinadores e juristas entendem ser necessária a suspensão da autonomia patrimonial, todavia, os adeptos da teoria maior, defendem que somente nos casos de fraude e abuso de direito que a desconsideração da personalidade deve ser aplicada, como trataremos com mais minúcia a seguir.

Vale salientar que, a desconsideração da personalidade jurídica é momentânea e sua aplicação é excepcional, não visando, de nenhuma forma, desvirtuar o instituto da personificação societária, haja vista que este é um alicerce essencial para o desenvolvimento econômico e social.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem, por finalidade, preservar a sociedade empresária e sua autonomia, por meio de instrumentos jurídicos essenciais à organização da atividade econômica, protegendo, ainda, terceiros que foram vítimas de fraudes e abusos.

2.2.1 A teoria da desconsideração inversa

A teoria da desconsideração dos efeitos da personificação tem como fim primordial coibir fraudes ou abusos praticados por meio do mau uso da autonomia

⁴⁶ MACHADO, Edna Moreira de Lima. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Curso de Direito/Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF)**, Brasília, vol. 1, nº 1, jan-jun/2000, p. 65.

⁴⁷ GLOGER, Cristian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 54, abril-jun/2005, p. 84.

patrimonial quando a obrigação atribuída à sociedade abriga uma ilicitude. A aplicação desta serve para responsabilizar o membro da pessoa jurídica, atingindo seu patrimônio particular.

Apesar da superação da personalidade jurídica da sociedade empresária ser a modalidade mais comum, pode acontecer o oposto: desconsiderar a autonomia patrimonial da sociedade empresária para responsabilizá-la por obrigação do sócio.⁴⁸

O que ocorre, na prática, é a transferência dos bens, pelo devedor, para a pessoa jurídica, a qual ele possui total controle, assim o membro da sociedade continua gozando do uso dos bens sem estes serem de sua propriedade⁴⁹. Para melhor compreensão, Mussalem explana:

Nessa modalidade, em vez de o sócio esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica para fraudar terceiros, ele esvazia o seu próprio patrimônio enquanto pessoa natural e joga todo seu patrimônio dentro da pessoa jurídica, e, após esse artifício, o sócio começa a exercer a sua atividade comercial em nome próprio, e não mais em nome da pessoa jurídica, evidentemente, com o nítido intuito de fraudar terceiros.⁵⁰

Estando os bens em nome da sociedade, os credores, *a priori*, não podem executá-los. Desse modo, a aplicação da teoria da desconsideração inversa é útil para impedir os ditos “desvios de bens”.

Mister ressaltar que a transferência de patrimônio, pelos sócios, para a integralização do capital social da empresa é uma prática de estilo, não cabendo a aplicação da teoria da desconsideração inversa.

A teoria da desconsideração inversa é, em síntese, um remédio dado pela doutrina e jurisprudência para evitar a fraude contra credores, determinando a superação da pessoa física, o sócio, e responsabilizando a pessoa jurídica pelas irregularidades cometidas por este.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁰ MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, vol. 12, nº 23, jan-dez/2004, p. 192.

2.2.2 Desconsideração e Despersonalização

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária tem o intento de afastar, suspender, superar, por tempo determinado os efeitos advindos da personificação, principalmente o da autonomia patrimonial, em razão de atos ilegítimos.

Esta superação episódica da personalidade faz com que os membros da sociedade, sejam eles sócios ou administradores, respondam por obrigações contraídas para fins indevidos, desconsideração esta que não pode ser confundida com despersonalização societária.

A despersonalização consiste na extinção da pessoa jurídica, em torná-la nula⁵¹, situação que somente pode ser alcançada por meios diversos aos utilizados na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

O procedimento utilizado para a despersonalização é o dissolutório, podendo ser judicial ou extrajudicial. A extinção da personalidade jurídica tem-se por iniciativa dos próprios membros da sociedade ou do Poder Judiciário.⁵²

Destarte, a desconsideração da personalidade jurídica e a despersonalização são procedimentos utilizados em situações distintas. Ressaltando-se que, a extinção da personalidade jurídica se dá por diversos motivos, ilegais ou não, e não, necessariamente, por fraudes ou abusos, como acontece na suspensão temporária dos efeitos da personificação societária.

2.3 As Teorias a respeito da Desconsideração da Personalidade

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser analisada e aplicada sob o enfoque de duas vertentes, a teoria maior, em que somente há a suspensão da personalidade em casos de fraudes ou abusos praticados por meio dela, e a teoria menor, que o afastamento da autonomia patrimonial se dá por mero prejuízo do credor.

⁵¹ PERSIKE, Patrícia. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 17 out. 2009.

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

Em consequência às diferenças, estas formulações, concernentes a desconsideração da personalidade da sociedade, causam inúmeros conflitos de opinião entre juristas, legisladores e doutrinadores, enquanto uns entendem que em determinados casos, deve-se aplicar a teoria maior, outros se posicionam em favor do bom emprego da teoria menor.

No que concerne a diferenciação destas duas teorias, maior e menor, da desconsideração dos efeitos inerentes à pessoa jurídica, Ulhoa Coelho afirma:

A distância entre as duas teorias é tamanha que não se pode deixar de tomar, hoje, a expressão “desconsideração”, no campo do direito societário brasileiro, como ambígua. Isto é, a palavra passou a ter dois significados diferentes (o maior e o menor), exigindo-se, no estudo da matéria, o cuidado de prévia definição do tema em exame.⁵³

As divergências entre as teorias maior e menor podem ser consideradas o objeto da presente pesquisa, haja vista que no Direito do Consumidor, assim como em outros ramos do direito, há uma considerável divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual das teorias deve ser aplicada.

2.3.1 Teoria Maior e Teoria Menor

Na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, a superação temporária da autonomia patrimonial se dá, tão somente, quando caracterizada a presença de abusos de direito ou manipulação fraudulenta dos efeitos da personificação. Por isso, esta formulação é tida como “mais elaborada, de maior consistência e abstração”.⁵⁴

Esta teoria defende que, se o sócio, administrador ou empregado, comete uma irregularidade em nome da sociedade, ultrapassando seus poderes ou competência, responderá com seu próprio patrimônio pela ação⁵⁵, seja ela abusiva ou fraudulenta.

Como já aludido, a máxima dessa teoria consiste na suspensão momentânea da pessoa jurídica somente em casos de fraudes ou abusos de direitos praticados por meio dos benefícios da concessão da personalidade. Desse modo, esta teoria é a mais aceita entre os

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁵ SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 2, abril-jun/1992, p. 69.

estudiosos, pois visa à repressão da má utilização, sem desvirtuar o instituto da personalidade jurídica.

Ressalta-se, também, que sempre que mencionada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma genérica, no presente estudo, está-se referindo à formulação maior.

Em contraposição à teoria maior, a teoria menor visa a desconsideração da autonomia patrimonial quando houver um crédito insatisfeito, a ausência de bens sociais e a solvência dos membros da sociedade. A esse respeito, Ulhoa Coelho afirma:

De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade.⁵⁶

A teoria menor é, além de menos elaborada, muito frágil, pois, de certa forma, corrompe o instituto da personalidade jurídica no momento em que banaliza o princípio da autonomia patrimonial.

Esta teoria não se preocupa em diferenciar o exercício regular ou fraudulento da pessoa jurídica, e nem busca saber se houve ou não abusos por meio dela.⁵⁷

Destarte, para teoria menor, sempre que a personalidade jurídica de uma sociedade for empecilho ao pleno ressarcimento do seu credor, esta pode ser simplesmente desconsiderada.

2.3.2 Teoria Subjetiva e Teoria Objetiva

Para teoria subjetiva do exercício da *disregard doctrine*, a demonstração do dano experimentado pelo credor e o desvio de finalidade na utilização da pessoa jurídica, seja por fraude ou abuso de direito, tem de ser cumulativos.

No que concerne a teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, Mussalem avalia:

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 46.

A teoria subjetiva estava calcada não em um defeito estrutural da sociedade, mas em um defeito funcional, e o defeito funcional era o mau uso da pessoa jurídica feito pelo sócio. Havia um descompasso entre a função abstrata prevista no ordenamento para a pessoa jurídica e a função que, concretamente, os seus sócios realizavam.⁵⁸

Nesta teoria, o agente, membro da sociedade, terá plena consciência dos atos praticados. A formulação “dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse de credor”.⁵⁹

Por conseguinte, a teoria subjetiva se funda no mau uso da personalidade jurídica da sociedade pelos seus membros, no abuso operacional, no elemento subjetivo.

Quando se tem uma visão prática, é notória a dificuldade encontrada na aplicação dessa teoria, principalmente no âmbito das provas, haja vista que é muito complicado para o credor provar as intenções subjetivas do sócio ou administrador.⁶⁰

A teoria objetiva, por outro lado, afasta o subjetivismo, que está diretamente ligado à intenção do membro da sociedade, trazendo uso da culpa presumida e, conseqüentemente, da inversão do ônus da prova.

Para esta formulação, a confusão patrimonial é essencial, é um pressuposto. A confusão patrimonial acontece quando, por exemplo, os bens dos membros estejam registrados em nome da sociedade, ou os da sociedade em nome dos membros.

A aplicação da teoria objetiva à desconsideração da personalidade jurídica “facilita a tutela dos interesses de credores ou terceiros lesados pelo uso fraudulento do princípio da autonomia”.⁶¹

Vale salientar que, se houver fraude, mesmo que não tenha sido causada por confusão patrimonial, é cabível a utilização da desconsideração da pessoa jurídica.

⁵⁸ MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, vol. 12, nº 23, jan-dez/2004, p. 191.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁶¹ *Ibidem*, p. 44.

Em suma, é admissível o emprego das duas teorias, subjetiva e objetiva, nos casos de superação da autonomia patrimonial da sociedade. A formulação subjetiva deverá ser aplicada se adequando ao caso concreto, enquanto a objetiva servirá como auxílio na fase probatória.

2.4 Requisitos para a Desconsideração da Personalidade Jurídica

Para que haja o afastamento dos efeitos advindos da personificação, e os membros respondam, com seu patrimônio particular, pelas obrigações contraídas por eles em nome da sociedade, é imprescindível a caracterização da fraude ou do abuso de direito⁶².

Salienta-se que, para a devida aplicação da desconsideração da pessoa jurídica é imprescindível que estejam presentes, cumulativamente, os requisitos que seguem.

2.4.1 Personificação

A personificação societária é um pressuposto da desconsideração, pois sem os efeitos da personalidade não há o que desconsiderar.

Se a sociedade não possui autonomia patrimonial, os sócios sempre responderão pelas obrigações contraídas em nome dela, fazendo-se, assim, desnecessária a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Além da personificação, os membros da sociedade precisam ter responsabilidade limitada⁶³, este elemento faz com que o patrimônio próprio dos membros e o patrimônio da sociedade se tornem distintos.

Tomazette, nos estudos dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, mais precisamente quanto à personificação, atesta que a exigência da responsabilidade ser limitada “é de cunho eminentemente prático, pois nada impediria a

⁶² TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

⁶³ SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.** São Paulo: LTR, 1999, p. 26.

desconsideração nos demais tipos societários, com intuito de proteger a própria pessoa jurídica”.⁶⁴

Assim sendo, além da necessidade de personificação, a sociedade tem de ser teoricamente limitada para que haja a possibilidade da perfeita utilização da *disregard doctrine*.

2.4.2 Fraude e Abuso de Direito

A fraude e o abuso de direito, como já referido anteriormente, são requisitos essenciais à desconsideração da personalidade, pois são desvios de finalidade da pessoa jurídica, praticados por seus sócios ou administradores.

Estes desvios de função podem estar diretamente ligados a autonomia patrimonial da empresa, como trata a teoria objetiva, ou não. Independente da forma que a fraude ou o abuso de direito se manifestarem, estes são passíveis de suspensão da personalidade.

A fraude, relacionada à autonomia patrimonial, consiste em atos ilegítimos praticados pelos membros da sociedade que são ocultados pela autonomia patrimonial.⁶⁵

Em termos gerais, para se caracterizar a fraude faz-se necessária a intenção de alguém prejudicar outrem, e essa conduta não, necessariamente, precisa ser ilícita, “sua ilicitude decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, nos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial”.⁶⁶

O abuso de direito trata-se da sua utilização inadequada, do desvio de sua função, sumariamente, “é abusivo qualquer ato que por sua motivação e por seu fim, vá contra o destino, contra a função do direito que exerce”⁶⁷.

⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica**: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ JOSSERRAND, Louis *apud* TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica**: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

Em contraposição à fraude, o abuso de direito não se descaracteriza por não haver prejuízo de terceiro, pois o fato de causar dano ao credor não é um requisito neste caso.

Há que se ressaltar que tanto a fraude quanto o abuso de direito precisam estar diretamente ligados à autonomia patrimonial da sociedade, pois sua mera existência, por parte do sócio ou administrador, não acarreta a desconsideração da personalidade jurídica.

2.4.3 Pressuposto da Licidade

A teoria da desconsideração somente será utilizada quando a pessoa jurídica for um empecilho ao ressarcimento do credor, em outros termos, e para mais detida compreensão:

[...] enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se imputa ao sócio, ou administrador. A desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa mudança na imputação. A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio, ou administrador, não é o caso de desconsideração.⁶⁸

A aplicação da teoria da desconsideração tem o fim de coibir a prática de atos que, a princípio, parecem lícitos. Somente quando o ato deixa de ser imputado à sociedade e passa a ser imputado ao membro, que manipulou a autonomia patrimonial e forma fraudulenta ou abusiva, se torna ilícito.⁶⁹

Portanto, o que diferencia a teoria da desconsideração da personalidade jurídica das outras situações que acarretam a responsabilização pessoal dos membros da sociedade é, justamente, o pressuposto da licitude.

2.5 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no CDC

O legislador brasileiro, a fim de proteger os interesses e, sobretudo, os direitos dos consumidores, considerados a parte mais fraca e vulnerável nas relações de consumo, instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 43.

A mencionada legislação entendeu que os direitos dos consumidores não estariam satisfatoriamente tutelados sem que fosse possível o afastamento dos efeitos da personalidade jurídica das sociedades empresárias, como o princípio da autonomia patrimonial.

A partir desta preocupação, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com seu parágrafo 5º, veio, de forma pioneira, firmar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na legislação e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, destaca-se que a jurisprudência já vinha fazendo uso da teoria antes de instituída em lei. Gaulia assevera que “com o surgimento do art. 28 da Lei 8.078, ficaram, entretanto, superadas todas e quaisquer dúvidas que o operador jurídico nacional podia ter a respeito do tema”.⁷⁰

Na jurisprudência a invocação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ficava a cargo da vontade do magistrado, a lei de proteção ao consumidor trouxe a obrigatoriedade da aplicação da teoria nos casos emoldurados em seus dispositivos.

Desse modo, para mais segura compreensão, esmiucemos o conteúdo do art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de o dispositivo expor que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, sempre que estiverem presentes os requisitos legais, o juiz deve se utilizar da teoria da desconsideração, tem obrigação, como dito anteriormente.

Cabe frisar que a disposição legal determina a desconsideração, o afastamento, a suspensão episódica da personalidade jurídica, e nunca sua dissolução ou extinção, como acontece na despersonalização.

⁷⁰ GAULIA, Cristina Tereza. Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor – eficácia das decisões judiciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 43, jul-set/2002, p. 165.

Para adequada aplicação da teoria na lei consumerista, se faz necessário que o credor, terceiro prejudicado, seja um consumidor que sofreu algum tipo dano por parte da utilização indevida da pessoa jurídica.

O dispositivo elenca um rol de hipóteses em que se desconsiderará os efeitos sobrevividos da personificação societária, são eles: quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, e ainda nos casos falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O abuso de direito, em aspectos gerais, como já visto, é o desvio de finalidade, decorrente de um ato ilícito, fraudulento ou abusivo, promovido por algum membro da pessoa jurídica.

No esteio do entendimento adotado pela doutrina, acerca do abuso de direito versado no CDC, Rizzatto Nunes afirma que será afastada a autonomia patrimonial da sociedade, ainda, se o sócio ou administrador infringir as normas da lei que proíbem o abuso⁷¹, como, por exemplo, as práticas descritas no art. 39 do da referida lei.⁷²

⁷¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 676.

⁷² Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

- I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
- III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
- IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
- V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;
- VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;
- VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);
- IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;
- X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;
- XI - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido;
- XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

O significado da expressão “excesso de poder”, no âmbito do direito consumerista, é considerado um tanto confuso por grande parte dos estudiosos, pois, para o direito comercial, ela se aplica aos casos em que o administrador extrapola as limitações impostas pelos sócios⁷³, na violação dos estatutos ou contrato social. Desse modo, há quem defenda que o “excesso de poder”, na verdade, deve ser tratado, tão somente, como uma responsabilização pessoal do administrador, sem necessidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, Rizzatto Nunes, entende que “excesso de poder” nada mais é que uma expressão unívoca ao “abuso de poder”, haja vista que, para ele, os dois termos possuem o mesmo sentido.⁷⁴

A infração da lei e fato ou prática de ato ilícito se dá quando o membro, em nome da sociedade, impede que o consumidor faça uso dos seus direitos por intermédio de uma ação avessa a lei.

Segundo Gloger, a “infração da lei, fato ou ato ilícito” é mais uma expressão do dispositivo que deixa margem à discussão, pois além de sua amplitude, os termos “fato ou ato ilícito” se fazem desnecessários, já que toda infração à lei enseja um fato ou ato ilícito. Nada obstante, há quem defina a expressão como violações de natureza extracontratual por parte do fornecedor, membro da pessoa jurídica.⁷⁵

Grande parte da doutrina crê que apenas sob a análise do caso concreto se poderá afirmar se, para uma determinada infração da lei, fato ou ato ilícito, caberá ou não a desconsideração da personalidade jurídica, em algumas hipóteses o sócio ou administrador responderá pessoalmente, sem atingir a autonomia patrimonial da sociedade empresária.

Há quem defenda que a “violação dos estatutos ou contrato social” possui o mesmo sentido de “excesso de poder”. Para Gloger estas expressões “referem-se a uma

⁷³ GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005, p. 93.

⁷⁴ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 677.

⁷⁵ GLOGER, Christian. Op.cit., p. 98.

mesma situação, qual seja a de violação por parte do administrador dos limites de atuação que lhe foram impostos por lei ou no contrato social”.⁷⁶

Na “violação dos estatutos ou contrato social”, assim como na “infração de lei, fato ou ato ilícito”, somente o caso concreto esclarecerá se a prática do sócio ou administrador será tida como ilícita ou não e, por consequência, se necessário for, admitindo o uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A autonomia patrimonial poderá, do mesmo modo, ser afastada no caso de haver “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Estas hipóteses descritas na parte final do *caput* do art. 28 do CDC, diferentemente das anteriores, admitem a utilização da teoria mesmo quando o consumidor for prejudicado por mera responsabilidade objetiva do administrador pela prática dos seus atos.⁷⁷

Para que haja falência é necessário que esta seja declarada judicialmente, diferente do estado de insolvência, que não pode ser declarado, haja vista que é apenas um estado fático.⁷⁸

O encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, assim como o estado de insolvência, são estados fáticos, tanto não precisam ser declarados, nem tampouco, que se tenha procedido um processo de formal de liquidação.⁷⁹

Observa-se ainda que o dispositivo não especifica se o encerramento das atividades da sociedade empresária, para que ocorra a desconsideração da personalidade, precisa ser de forma irregular, portanto, se houve encerramento, seja ele regular ou não, os membros da sociedade deverão responder pelos danos sofridos pelo consumidor.

⁷⁶ GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005, p. 94.

⁷⁷ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 677.

⁷⁸ KRIGER FILHO *apud* GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005, p. 101.

⁷⁹ GLOGER, Christian. *Op.cit.*, p. 101.

Amaro defende que tal hipótese legal, referindo-se a “má administração”, foi mal posta, “já pela falta de nexo de causalidade entre a *qualidade de sua administração* e os eventuais prejuízos do consumidor, já pela falta de isonomia entre o tratamento dado ao consumidor da empresa encerrada por má administração”⁸⁰, além de ser um elemento dotado de extremo subjetivismo.

É possível concluir que a aplicação da *disregard doctrine* pelo simples encerramento das atividades da empresa traz uma notável insegurança ao instituto da personalidade jurídica, já que permite sua desconsideração sem que haja a presença da fraude e, tampouco, do abuso de direito.

2.5.1 O parágrafo 5.º do art. 28 do CDC

O parágrafo 5.º do art. 28 da lei de proteção ao consumidor é, incontestavelmente, o dispositivo que enseja mais discussões e controvérsias na doutrina e na jurisprudência, haja vista que ainda não há um consenso a respeito da forma como este deve ser interpretado.

Sua redação afirma que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. A interpretação da leitura pode ser dada de forma ampla, autônoma, literal, ou de forma restritiva, sistemática, de acordo com o *caput* do art. 28 do CDC.

2.5.1.1 Interpretação Ampla, Autônoma ou Literal

Há quem se posicione a favor da interpretação autônoma, de forma literal, que considera a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sob a luz da teoria menor, que, como já tratado, admite o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da sociedade pela simples prova de dano sofrido pelo consumidor, sem a necessidade de caracterizar fraude ou abuso de direito.

Partindo em defesa da interpretação ampla do dispositivo mencionado, Cavalcante Koury assevera:

⁸⁰ AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 5, jan-mar/1993, p. 178.

[...] a enumeração dos fundamentos legais para a desconsideração no *caput* do art. 28, não é, a nosso ver, *numerus clausus*, tendo caráter meramente exemplificativo e devendo ser entendida em consonância com os objetivos visados pelo legislador ao elaborar a norma. [...] O parágrafo 5º do art. 28, de certa forma, redime os desacertos do *caput* do dispositivo, consagrando apropriadamente a teoria da desconsideração.⁸¹

A justificativa para essa interpretação consiste que, em nenhuma circunstância, por mais frágil que possa parecer, o consumidor pode ficar sem reparação e, ainda, que as hipóteses elencadas no *caput* do art. 28 do CDC são meramente exemplificativas.

2.5.1.2 Interpretação Restritiva ou Sistemática

Em contrapartida, há uma corrente que acredita que a interpretação do dispositivo somente tem sentido se for feita de forma restritiva, sistemática, haja vista que sua interpretação de forma autônoma estaria por corromper o instituto da personalidade jurídica, que é um princípio fundamental do ordenamento jurídico, e, além disso, faria o *caput* do art. 28 perder seu real significado e utilidade.⁸²

Ulhoa Coelho, em concordância com os argumentos propostos e fundamentando a não utilização da interpretação literal do parágrafo 5.º do art. 28 do CDC, assim manifesta:

Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, que, assim, só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abusos de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica.⁸³

Esta forma de interpretação se fundamenta na valorização do instituto da personalidade jurídica e no equilíbrio das relações de consumo. Desse modo, o dispositivo pode, perfeitamente, ser considerado uma hipótese autorizadora da desconsideração da

⁸¹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 194-195.

⁸² GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005, p. 106.

⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e dos direito do consumidor. O cálculo empresarial na interpretação do Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 229.

personalidade jurídica, desde que se caracterizem os requisitos formulados pelos percussores da teoria.

Faz-se possível concluir que os conflitos decorrentes do parágrafo 5.º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor estão longe de se resolverem, e a única certeza dos estudiosos e dos juristas é a de que o dispositivo exige extrema cautela em sua interpretação, de modo que o consumidor tenha seus direitos garantidos e, respectivamente, o instituto da pessoa jurídica seja salvaguardado, já que este é essencial para o desenvolvimento econômico-social.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

3.1 A discricionariiedade do juiz e as controvérsias do art. 28 do CDC

Como já mencionado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu primordialmente na jurisprudência, nasceu nos países da *common law* e enraizou-se na cultura jurídica de inúmeras nações, inclusive no Brasil.

Cabe analisar aqui, a polêmica e controversa questão que abrange a discricionariiedade do juiz na aplicação da *disregard doctrine* e, principalmente, no que tange o art. 28 da lei de proteção ao consumidor.

Para entender-se mais detidamente, a discricionariiedade é denominada o “poder de escolher dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência, em face de determinada situação não regulada expressamente em lei”.⁸⁴

A utilização do poder discricionário se faz necessária, ainda, tendo em vista o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal que assevera: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Há opiniões distintas entre os autores que tratam a discricionariiedade do juiz na aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Parte da doutrina entende que as conseqüências do afastamento da personalidade somente seriam justificáveis após o aprofundado estudo realizado pelo juiz dos interesses conflitantes no caso concreto. Outro seguimento, contudo, assegura que se ocorrer fraude ou abuso de direito o juiz não tem a

⁸⁴ MACEDO, Antonio Luiz Bueno de. Poder discricionário do juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=110>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

faculdade, mas sim a obrigação de fazer uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.⁸⁵

Para Rizzatto Nunes, “no processo civil, como é sabido, o juiz não age com discricionariedade (que é medida pela conveniência e oportunidade da decisão). Age sempre dentro da legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas”.⁸⁶

O legislador, na redação do art. 28, *caput*, do Código de Defesa ao Consumidor, demonstra a necessidade do emprego do poder discricionário do juiz, haja vista que o dispositivo possui a seguinte expressão: “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica”.

O termo “poderá”, presente no dispositivo supramencionado, além de evidenciar a discricionariedade, dá margem para inúmeras interpretações fazendo, assim, com que surjam controvérsias em relação à intenção do legislador.

A problemática do art. 28 do CDC encontra-se na análise ampla de sua composição, pois a primeira parte do dispositivo autoriza a discricionariedade do juiz e, logo após, elenca as hipóteses em que a desconsideração deve ser obrigatoriamente aplicada⁸⁷. A insegurança jurídica se manifesta em decorrência da inconstância e contradição presentes na legislação.

3.2 A evolução jurisprudencial nas últimas décadas

A jurisprudência, assim como a legislação e a doutrina, é fonte de direito. Portanto, sua importância e necessidade são irrefutáveis. Os julgados sempre refletiram a evolução do direito na sociedade, chegando muitas vezes à frente das disposições legais.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nas duas últimas décadas, vem se solidificando de forma razoável no sistema jurídico brasileiro. Não obstante a

⁸⁵ GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005, p. 108.

⁸⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 353.

⁸⁷ GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005, p. 108.

importância dos dispositivos legais que versam a matéria, a jurisprudência foi a principal responsável pelo desenvolvimento da *disregard doctrine*.

O judiciário, desde a 1ª instância até os tribunais superiores, e em todas as regiões do Brasil, vem buscando cada vez mais se utilizar da suspensão episódica da personalidade para resolver conflitos que envolvem consumidores e sociedades empresárias.

O primeiro caso a ser demonstrado e analisado aconteceu em 22 de fevereiro de 1998, no Rio de Janeiro, o polêmico desabamento do Edifício Palace II. Em razão do fato 8 pessoas faleceram e dezenas de outros moradores ficaram desabrigados.

A relação de consumo se dá pelo fornecimento de um produto, no caso, a unidade imobiliária, ao consumidor (moradores do edifício). Em decorrência do vício de qualidade por parte do fornecedor (a construtora) e da prestadora de serviços (a incorporadora e fornecedora de materiais de construção) ocorreu um acidente de consumo.

O Ministério Público, ao ingressar com a ação civil pública, requereu a desconsideração da personalidade jurídica da construtora, 1ª ré, e da incorporadora, 2ª ré, como pode ser observado na primeira parte da sentença proferida pela 4ª Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] 8. outrossim, a hipótese é de proteção aos interesses e direitos coletivos e de interesses e direitos individuais homogêneos, sendo dever do Ministério Público por eles velar;

[...]

10. finalmente, em definitivo, requereu:

[...]

d) a declaração quanto à promiscuidade dos interesses dos Réus, com a desconsideração da personalidade jurídica da 1ª e da 2ª, pessoas jurídicas, para o fim de que os bens dos Réus garantam todos os débitos decorrentes do prejuízo, solidariamente.⁸⁸

⁸⁸ 4ª VARA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS. Ação Civil Pública nº 11.040/98. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 29, jan-mar/1999, p. 139-140.

Ao analisar minuciosamente o caso, conforme o devido processo legal e considerando os argumentos apresentados pelo Ministério Público, o juiz se posicionou em favor da desconsideração da personalidade jurídica das empresas, note-se:

[...] Daí se vê que a legislação pertinente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica no presente caso, eis que houve, em detrimento do consumidor, abuso de direito, excesso de poder e infração legal, concernente na utilização da pessoa jurídica visando, exclusivamente, lucro, em prejuízo do consumidor, causando, inclusive, a morte de vários destes. Não foram observadas as mínimas normas de segurança ditadas pela construção civil.⁸⁹

Além do abuso de direito, foi caracterizada fraude, haja vista que houve confusão patrimonial entre o sócio majoritário, no caso o 3º réu, e a pessoa jurídica (construtora), como observado na sentença, *in textu*:

Isto posto:

[...]

b) julgo procedente o pedido para:

[...]

4. aplicar a desconsideração da personalidade jurídica da 1ª e 2ª Rés, para fim de penetrar no patrimônio pessoal do 3º Réu, a fim de dar cumprimento às condenações acima.⁹⁰

No presente caso, o julgador agiu em conformidade com a legislação consumerista, pois esta elenca como hipóteses de desconsideração o uso da personalidade com excesso de poder e infração legal, em detrimento do consumidor. Vale salientar, ainda, que a sentença se fundamentou na teoria maior, haja vista que o abuso de direito e a fraude foram levados em consideração.

A Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seguindo a mesma linha de entendimento da sentença supracitada, se utilizou da

⁸⁹ 4ª VARA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS. Ação Civil Pública nº 11.040/98. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 29, jan-mar/1999, p. 143.

⁹⁰ 4ª VARA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS. Ação Civil Pública nº 11.040/98. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 29, jan-mar/1999, p. 147.

confusão patrimonial entre empresa e sócio para justificar a desconsideração da personalidade jurídica, como ressalvado no acórdão subseqüente:

[...] A par disso e pela condição do apelante, em relação à sociedade, por certo que se haverá de reconhecer que há confusão entre os bens daquele e os desta, sem possibilidade de separá-los, pois componentes do acervo comum, posto que, pelo exame do depoimento pessoal do primeiro, depreende-se que é ele o único interessado na atividade da última, embora não se desconheça que a pessoa física do sócio não se confunde com a pessoa jurídica da qual faz parte.

Aliás, o apelado, em sua contestação citou, diligentemente, v. julgados prolatados em casos semelhantes a este e que impedem a subtração dos bens penhorados da execução, porque ofertados por seu proprietário, na qualidade de representante legal da empresa, já que caracterizada a má-fé e os intentos inescrupulosos de quem postula a medida, além da caracterização de ato atentatório à dignidade da Justiça e vedado por lei.

Se não bastasse tais fatos, bem reconhecida a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, para permitir-se a penhora de bens do apelante, a teor do disposto no artigo 28 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), pelo que, de rigor, o desacolhimento do inconformismo manifestado, despiciendas quaisquer outras considerações, a fim de evitar-se inútil repetição.

Do exposto, nega provimento à apelação.⁹¹

Em conformidade com os julgados referidos, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, considerou, no acórdão subseqüente, que a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica é a forma mais plausível de analisar casos em que interesses da pessoa jurídica e do consumidor se conflitam. Ressalte-se:

O pressuposto fundamental para a desconsideração é o desvio de função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial, pois a desconsideração nada mais é do que uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ele é destinada.

No caso dos autos a sociedade comercial foi utilizada para a prática de fraude e abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial, merecendo, por isso mesmo, a aplicação do princípio da desconsideração dado a necessidade em preservar os direitos das pessoas lesadas em sua boa fé contratual.

⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 3ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 024.134.4/1. Relator: Antonio Manssur. São Paulo, SP, 10 de fev. 1998. DJ de 19.03.1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>

A fraude à lei é uma subespécie dos negócios indiretos, onde a ilegitimidade ocorre não do desvio da função, mas da finalidade ilícita de tal desvio. Assim, é o uso da autonomia patrimonial para fins ilícitos que permite a desconsideração. Portanto, acertada a decisão de 1º grau também nesse aspecto.⁹²

Em contraposição às diretrizes utilizadas pelos julgadores já pronunciados, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 71.502-4/0, resolveu por fazer uso de critérios mais abstrusos para o julgamento do polêmico caso de explosão de um *shopping center* que ocorreu em Osasco-SP, em 11 de junho de 1996. O acidente resultou em 40 mortos e mais de 300 feridos.

Primeiramente, é inegável a caracterização da relação de consumo entre o fornecedor, no caso, o próprio *shopping center*, e os consumidores que, inclusive, tiveram graves e inúmeros danos decorrentes do acidente, estes foram devidamente representados pelo Ministério Público. Referente à relação consumerista, o relator assim profere:

Pelo menos para o efeito de saber se elas estão ou não submetidas às normas cogentes do CDC, afastando-se desde logo as sutis distinções acadêmicas, a maioria delas elocubradas anteriormente à entrada em vigor do Código e quando a própria atividade dos *shoppings* era pouco conhecida.

Hoje já não se tem qualquer dúvida de que o *shopping* fornece lazer aos seus freqüentadores, que circulam livremente por suas vias e praças, sejam ou não adquirentes de produtos fornecidos pelas lojas, individualmente. O *shopping* faz propaganda e promoções em nome e em benefício próprio, tudo para que haja grande número de freqüentadores a circular por vias e praças internas, de forma a dar animação e aumentar a potencialidade das vendas das diversas lojas, de cujas receitas participa diretamente o *shopping*, conforme se vê dos contratos de locação.

[...]

O fato (que parece haver impressionado o eminente Prof. Leães) de não haver uma remuneração direta ao *shopping* por parte do freqüentador em nada desnatura a relação de consumo que se estabelece entre eles.⁹³

⁹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 38.403-2/2007. Relator: Josevandro Souza Andrade. Salvador, BA, 23 de jun. 2008. DJ de 18.07.2008. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/site/index.wsp>>.

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 71.502-4/0. Relator: José Osório. São Paulo, SP, 24 de jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

A sentença que originou a apelação adotou a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica para o julgamento da ação, pois interpretou o § 5º do art. 28 do CDC de forma autônoma, como observado na transcrição a seguir:

A r. sentença não se baseou no ‘*caput*’ do art. 28 do CDC, que se refere a hipóteses de ato ilícito, abuso de direito, fraude, violação de lei ou de estatuto. O fundamento da decisão para desconsiderar a pessoa jurídica está, expressamente, no § 5º daquele artigo, ou seja, a existência objetiva – pelo simples vultus da demanda – de obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores. O tema voltará a ser tratado adiante, ficando desde logo reconhecido que não há nulidade a ser decretada, obedecido que foi, nas circunstâncias, o devido processo legal, não se notando violação dos arts. 5º, LIV e LV, da C.F. e 330 e 331 do CPC.⁹⁴

Os apelantes alegaram que a sentença não apresentou os requisitos necessários para desconsiderar personalidade jurídica da empresa. Para eles, não foram observados os preceitos delineados pela teoria maior, sejam eles fraude e abuso de direito. Veja-se:

Apelaram os réus [...] alegando, em síntese, que a r. sentença não apontou quais ilícitos praticados pelos réus pessoas físicas, ou qual a fraude constatada, de sorte a justificar a desconsideração da personalidade jurídica; que os princípios e efeitos da responsabilidade objetiva não se aplicam aos apelantes pessoas físicas; que só se desconsidera a personalidade jurídica em hipóteses específicas, e que tal não se deu no caso; que devem ser estritamente observados, neste aspecto [...] que o art. 28 do CDC não é de aplicação obrigatória, nem tampouco o seu § 5º [...] Neste aspecto, reiteram que, suprimindo o devido processo legal, foi-lhes tolhido o direito de defesa, pois a prova da culpa era imprescindível para a descaracterização da personalidade jurídica [...] ⁹⁵

O relator considerou os argumentos apresentados pelos apelantes, e os assistiu razão em pequena parcela, confirmando que para configuração do art. 28, *caput*, do CDC, seria realmente imprescindível a dilação probatória. Entretanto, entendeu que a circunstância objetiva descrita no § 5º do mesmo dispositivo tem razão de ser, afinal não seria razoável que os prejuízos decorrentes do acaso ficassem a cargo de apenas uma das partes da relação de consumo, muito menos a parte mais vulnerável. Assim sopesou o julgador:

⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 71.502-4/0. Relator: José Osório. São Paulo, SP, 24 de jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 71.502-4/0. Relator: José Osório. São Paulo, SP, 24 de jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

6.1 – No que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica e consequente condenação dos diretores e conselheiros, assiste razão aos apelantes, em pequena parte.

Segundo o art. 28, *caput*, do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, etc., por parte de seus dirigentes. Para demonstrar tais circunstâncias, realmente haveria necessidade de dilação probatória.

Ocorre que o § 5º desse mesmo artigo foi além e criou nova hipótese ensejadora da desconsideração [...]

Trata-se aqui de circunstancia francamente objetiva (qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento), independentemente de atuação culposa por parte dos administradores [...]

Compreendem-se facilmente as razões de justiça e de equidade que moveram o legislador, consciente ou inconscientemente, na imposição do preceito supra.

As graves e nocivas conseqüências do acaso, da fortuna, melhor dizendo, do azar, - incorrentes as excludentes previstas no art. 14 – não devem ser suportadas por uma só das partes envolvidas no negócio de consumo mas também pelas pessoas dos diretores da empresa fornecedora.

Mesmo não aparecendo sinal de fraude, abuso ou ilicitude, essas pessoas, se necessário, são chamadas a contribuir, economicamente para a reparação do dano. É um desdobramento a mais, imposto pelo direito positivo, da velha teoria do risco criado.

Não há a menor dúvida de que as vítimas também não agiram com culpa. Só tiveram má-sorte. E má-sorte muito superior à dos administradores, os quais, só terão perdas patrimoniais.

6.2 – O vulto da demanda e a decisão de procedência levam à conclusão de que existe – de alguma forma, como diz a lei, - obstáculo ao ressarcimento se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas.

[...]

Para chegar a conclusão tão evidente, conhecida de qualquer povo, o juiz não precisa de perícia.

Por isso mesmo, pode ter desde logo como ocorrente a hipótese do art. 28 do CDC e ter por desconsideradas as pessoas jurídicas das rés.⁹⁶

⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 71.502-4/0. Relator: José Osório. São Paulo, SP, 24 de jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

Na conclusão do voto, o relator decidiu por dar provimento parcial ao recurso, para que os apelantes-administradores-pessoas físicas respondam “apenas subsidiariamente pela reparação do dano, confirmando-se, no mais, a r. sentença, por seus sólidos fundamentos”.⁹⁷

Kruger Filho, dotado de opinião semelhante à do relator, considera que “em matéria de consumo, interessa ao legislador acima de tudo, a efetiva proteção do consumidor”.⁹⁸

Os apelantes, não satisfeitos com a decisão, recorreram para o Superior Tribunal de Justiça, que adotou entendimento semelhante ao do tribunal *a quo*, como será demonstrado.

Os recorrentes alegaram, como na 2ª instância, ausência das hipóteses ensejadoras da desconsideração. O STJ decidiu, por três votos a dois, adotar a teoria menor da *disregard doctrine*, interpretando, assim, o § 5º do art. 28 do CDC de forma independente do *caput*, e, conseqüentemente, não conhecer o recurso, como exposto na ementa:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial.

Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor.

Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

[...]

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 71.502-4/0. Relator: José Osório. São Paulo, SP, 24 de jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjst.jus.br/>>.

⁹⁸ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 13, jan-mar/1995, p. 83.

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.⁹⁹

No presente julgamento, o STJ ratificou a decisão do TJSP, desconsiderando a personalidade jurídica dos réus baseando-se na teoria menor. Não obstante ao renomado saber jurídico destes julgadores, esta diretriz não pode ser vista como absoluta.

Outro famoso caso que explorou a *disregard doctrine* foi o naufrágio do “*Bateau Mouche IV*”, que ocorreu em 31 de dezembro de 1988, no Rio de Janeiro. A embarcação afundou na Baía de Guanabara matando 55 pessoas que estavam a bordo.

Demonstradas as circunstâncias necessárias para o cabimento do art. 28, caput, do CDC, e até mesmo os elementos que compõe a teoria maior, o relator, em sede de recurso especial, assim explanou:

Ora, na espécie acham-se presentes os pressupostos insertos do indigitado art. 28 do CDC, porquanto os fatos e circunstâncias da lide estão a evidenciar de modo bastante claro que as empresas e seus sócios agiram com abuso de direito e infração à lei; praticaram, outrossim, ato ilícito, do qual resultou a morte de 55 pessoas. Basta, a propósito, lembrar que naquela noite a embarcação fora interceptada pelos agentes do poder público, que a fizeram retornar ao ponto de origem. Ali, com a presença de alguns sócios, diretamente interessados a execução da empreitada e, por certo, na

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 279.273/SP. Relator: Ministro Ari Pargendler, Relator para Acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 04 de dez. 2003. DJ de 29/03/2004, p. 230. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

concretização dos lucros previstos, o barco conseguiu zarpar, alcançando o “mar picado”, com peso excessivo e instalações impróprias, revelando conduta insensata e manifestadamente imprudente. Aí estão caracterizados os atos contrários à lei ou, ao menos, o abuso de direito, a justificar – sem dúvida – a adoção da *disregard doctrine* no caso.¹⁰⁰

Vale ressaltar que a decisão foi unânime no sentido de acolher a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em que “o Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”.¹⁰¹

Da década de noventa em diante, o judiciário vem explorando de forma intensa a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e suas mais variadas vertentes, dando foco, principalmente, às formulações maior e menor da teoria.

Destarte, observa-se que a jurisprudência não conseguiu chegar a um entendimento uníssono no que concerne a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo, ao que se refere à legislação consumerista.

3.3 A Jurisprudência atual

A jurisprudência, hoje, não se encontra consolidada no sentido de qual teoria empregar, a maior ou a menor, nem, tampouco, entrou num consenso sobre a interpretação do art. 28, § 5º, do CDC.

A teoria menor, apesar de estar sendo usada em menor escala, pois o STJ vem se posicionando nos últimos anos em favor da teoria maior, ainda se faz presente em inúmeros julgados, como é notório na recente decisão subsequente:

O agravado-vendedor recebeu o preço do objeto vendido, mas não entregou o bem, de forma que não cumpriu a sua parte no contrato. Ademais, manteve-se silente após diversas tentativas de contato do consumidor, e inclusive após sua citação, sofrendo desta forma os efeitos da revelia. E por fim, em tentativas de penhora online efetuadas na conta da agravada (fls. 36/37), não foram encontrados bens suficientes para o pagamento do

¹⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 158.051/RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro, Brasília, DF, 22 de set. 1998. DJ de 12/02/1999, p. 159. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

¹⁰¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 158.051/RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro, Brasília, DF, 22 de set. 1998. DJ de 12/02/1999, p. 159. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

consumidor, de forma que claramente a pessoa jurídica está a obstaculizar o seu devido ressarcimento, de forma que é perfeitamente cabível a desconsideração ora pretendida.¹⁰²

Frisa-se, ainda, que neste caso o § 5º do art. 28 do CDC foi interpretado de forma independente, visto que não foram mencionadas nenhuma das hipóteses de desconsideração elencadas no *caput* do dispositivo, e nem, tampouco, fraude ou abuso de direito.

Em contraposição ao juízo anterior, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, optou, na grande maioria dos seus julgados, por empregar a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Ressalva-se a seguinte decisão monocrática:

Não há dúvidas de que tal medida é extrema, uma vez que excetua a regra geral da desvinculação existente entre a pessoa jurídica e a personalidade de seus sócios. No entanto, para que seja concedida, se faz necessário o preenchimento de requisitos específicos. O objetivo da teoria da desconsideração é justamente o de impedir que eventuais fraudes ocultas pela sociedade permaneçam desconhecidas em detrimento dos credores e de terceiros de boa-fé.

A partir disso, realizando um cotejo da prova trazida aos autos, entendo que não restou caracterizada a prática de atos abusivos pelos sócios da agravada, que viesse a configurar desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Ao que verifico, na tentativa de citação da devedora, restou certificado pelo oficial de justiça a existência de informação de que a empresa havia fechado não se encontrando estabelecida em lugar algum (fl. 35).

O fato de a agravada não mais se encontrar sediada no endereço indicado pelo credor, mas continuar ativa perante a Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 43), por si só, não é suficiente para que o débito exequendo atinja o patrimônio dos sócios da devedora, sociedade empresária limitada, mostrando-se imprescindível a configuração dos requisitos acima elencados.

Diante de tal apanhado, não há como desconsiderar a personalidade jurídica da devedora, pois não preenchidos os requisitos para tanto [...] ¹⁰³

¹⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 35ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 990.10.015338-2. Relator: Clóvis Castelo. São Paulo, SP, 22 de fev. 2010. DJ de 26/02/2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

¹⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 18ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70034817866. Relator: Nelson José Gonzaga. Porto Alegre, RS, 10 de mar. 2010. DJ de 16/03/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>.

Observa-se, inclusive, o subsequente julgado, que igualmente trata da desconsideração da personalidade jurídica e a necessidade de determinados requisitos presentes na teoria maior:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA PRECONIZADA. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA PESSOA JURÍDICA.

1. A insuficiência patrimonial não é causa jurídica suficiente para autorizar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que o princípio da autonomia da pessoa jurídica possibilita a responsabilização desta pelas obrigações avençadas, pois possui patrimônio e personalidade distinta de seus sócios.

2. É necessário o atendimento aos requisitos autorizadores para caracterização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pois se trata de medida de cunho excepcional, a qual decorre do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, a teor do que estabelece o art. 50 do CC. Ainda, é possível conceder a medida em questão para responsabilizar os sócios pessoalmente, atendendo ao disposto nos arts. 1.023 e 1.024, ambos da lei civil precitada, bem como do art. 28 do CDC, hipóteses que incorreram no caso em exame.

3. A parte agravada não logrou demonstrar a prática de qualquer ato fraudulento, abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, a ocorrência de excesso de poder, infração a lei, fato ou ato ilícito, bem como violação dos estatutos sociais, hipóteses que dariam guarida a sua pretensão.

Dado provimento ao agravo de instrumento.¹⁰⁴

Como já mencionado, a jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido do bom uso da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, o entendimento está longe de se tornar uníssono, pois ambas as formulações são calcadas em bases sólidas.

3.4 Pontos controvertidos da Teoria na Jurisprudência

¹⁰⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70034315093. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, RS, 19 de jan. 2010. DJ de 22/01/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>.

A jurisprudência, assim como a doutrina, trabalha incansavelmente para que o instituto da personalidade jurídica e os direitos dos consumidores sejam protegidos sem prejuízos para ambas as partes.

Como já demonstrado e analisado, o verdadeiro impasse na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito do consumidor está presente *caput* e § 5º do art. 28 do CDC.

A divergência se encontra no momento que o julgador precisa decidir qual teoria será mais adequada ao caso concreto, fazendo uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e concluir se o § 5º tem de fato autonomia, ou se estará necessariamente vinculado ao *caput* do art. 28 do CDC. Nesse aspecto, Mussalem assim elucida: “Apesar das divergências no tocante ao § 5º do artigo 28, entende-se que ele é conciliável com a teoria da desconsideração, se for invocado conjuntamente com o *caput*, nos casos em que houver fraude ou abuso por meio do uso da personalidade em detrimento do consumidor”.¹⁰⁵

Em razão da complexidade da questão e da obscuridade que cerceia o art. 28 do CDC, não se pode esperar soluções imediatas e muito menos respostas definitivas por parte do magistrado. E este, por fim, deverá sempre se utilizar do bom-senso, cautela e dos próprios conhecimentos para avaliar o caso concreto e, assim, verificar se há ou não a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na proteção dos direitos do consumidor.

¹⁰⁵ MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, vol. 12, nº 23, jan-dez/2004, p. 204.

CONCLUSÃO

O instituto da pessoa jurídica foi um grande marco para a sociedade, pois incentivou as relações de comércio e, por consequência, impulsionou a economia. A principal razão para que a personificação societária se tornasse tão inovadora e útil era a proteção à pessoa do sócio, através dos princípios da autonomia e separação patrimonial.

Inicialmente, o instituto da pessoa jurídica era impenetrável, ou seja, de caráter absoluto. Contudo, devido às iteradas práticas ilícitas cometidas pelos sócios ou administradores sob o véu da personificação, surgiu a necessidade de elaboração de uma doutrina que relativizasse a personalidade da sociedade.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida para refrear os indesejáveis desvios de finalidade que estavam se tornando comuns na sociedade. A primordial medida da teoria consiste em afastar episodicamente o princípio da autonomia patrimonial e, de tal modo, responsabilizar o sócio ou administrador que deu causa a sua utilização.

Esta desconsideração casuística da personalidade possui requisitos basilares, quais são a fraude e o abuso de direito. A fraude se configura quando se detecta atos ilegítimos, sempre a fim de prejudicar terceiros. Enquanto o abuso de direito consiste na utilização inadequada da pessoa jurídica, propriamente no desvio de função.

Para que a desconsideração seja adequada é imprescindível que tanto a fraude, quanto a abuso de direito, estejam diretamente relacionados à autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Vale salientar, que a desconsideração da personalidade jurídica nada tem a ver com a despersonalização da sociedade. Àquela visa a superação momentânea da pessoa jurídica para coibir as fraudes e abusos, enquanto esta visa a anulação da personalidade.

O Código de Defesa do Consumidor foi pioneiro na adoção da desconsideração da personalidade jurídica, antes de sua elaboração a teoria somente se fazia presente na jurisprudência pátria.

Para o Código de Defesa do Consumidor, a desconsideração poderá ser empregada quando for caracterizada a relação de consumo e houver conflito de interesse entre o consumidor e a pessoa jurídica.

O legislador brasileiro não incorporou a teoria pura da desconsideração no CDC, vez que elencou, no art. 28, hipóteses que vão além da fraude e do abuso de direito. A inovação trazida pela legislação possuía o escopo de dar uma proteção mais abrangente ao consumidor, porém, as controvérsias entre a lei e a teoria acabaram por gerar demasiada polêmica.

Além da abrangência dada ao *caput* do dispositivo, o § 5º veio para complicar ainda mais sua aplicabilidade, visto que este fragiliza o instituto da pessoa jurídica no momento que afirma que será desconsiderada a personalidade sempre que esta for obstáculo para o ressarcimento do consumidor.

O art. 28 do CDC serviu, ainda, para fomentar velhas discussões a respeito das teorias, maior e menor, da desconsideração da personalidade jurídica. A teoria maior tem como elementos essenciais a fraude e o abuso. A teoria menor permite a desconsideração quando a pessoa jurídica for um empecilho à satisfação do crédito, independente de qualquer outro elemento.

A controvérsia reside na forma de interpretação que deve ser utilizada pelo operador do direito. O § 5º deve ser interpretado de forma autônoma ou restritiva? Se de forma autônoma o mesmo estará protegido pela teoria menor. Se a interpretação for restritiva estará em conformidade com a elaboração inicial da teoria, respeitando seus requisitos.

Ressalvados os desacordos presentes no art. 28, a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Defesa do Consumidor representa um grau progresso¹⁰⁶, não somente no âmbito do direito do consumidor, mas também em todo ordenamento jurídico.

¹⁰⁶ MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, vol. 12, nº 23, jan-dez/2004, p. 204.

REFERÊNCIAS

4ª VARA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS. Ação Civil Pública nº 11.040/98. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 29, jan-mar/1999.

ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos processuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 7, jul-set/1993.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção *apud* TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 5, jan-mar/1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 2.

_____. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O empresário e dos direito do consumidor. O cálculo empresarial na interpretação do Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1977.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Atlas, 2004.

GAULIA, Cristina Tereza. Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor – eficácia das decisões judiciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 43, jul-set/2002.

GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

JOSSERRAND, Louis *apud* TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica**: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso *apud* GLOGER, Christian. A responsabilidade civil dos sócios de uma sociedade limitada em relações de consumo – uma nova análise do art. 28 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 54, abril-jun/2005.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 13, jan-mar/1995, p. 83.

LINS, Daniela Storry. **Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MACEDO, Antonio Luiz Bueno de. Poder discricionário do juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=110>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

MACHADO, Edna Moreira de Lima. A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista do Curso de Direito/Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF)**, Brasília, vol. 1, nº 1, jan-jun/2000.

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

MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, vol. 12, nº 23, jan-dez/2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PERSIKE, Patrícia. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 17 out. 2009.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: RT, 1969, vol. 410.

_____. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 11, jul-set/1994.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 279.273/SP. Relator: Ministro Ari Pargendler, Relator para Acórdão: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 04 de dez. 2003. DJ de 29/03/2004, p. 230. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 158.051/RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro, Brasília, DF, 22 de set. 1998. DJ de 12/02/1999, p. 159. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 2, abril-jun/1992.

TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em 12 set. 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 38.403-2/2007. Relator: Josevandro Souza Andrade. Salvador, BA, 23 de jun. 2008. DJ de 18.07.2008. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/site/index.wsp>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 35ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 990.10.015338-2. Relator: Clóvis Castelo. São Paulo, SP, 22 de fev. 2010. DJ de 26/02/2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 3ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 024.134.4/1. Relator: Antonio Manssur. São Paulo, SP, 10 de fev. 1998. DJ de 19.03.1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 71.502-4/0. Relator: José Osório. São Paulo, SP, 24 de jun. 1999. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 18ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70034817866. Relator: Nelson José Gonzaga. Porto Alegre, RS, 10 de mar. 2010. DJ de 16/03/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70034315093. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, RS, 19 de jan. 2010. DJ de 22/01/2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>.

VERRUCOLI, Piero *apud* RODRIGUES, Simone Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 11, jul-set/1994.