

APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CDC: uma relativização (des)necessária ao princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas

Rafael Vieira da Silva Júnior¹
Joélida Jullyene Rocha Ferreira²

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo realizar um levantamento bibliográfico, a fim de identificar possíveis razões para a preservação da aplicação da teoria menor no âmbito do Direito do Consumidor. A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity*) é um importante instrumento para o combate aos abusos cometidos por sócios e/ou administradores, os quais buscam encobrir-se com o véu das pessoas jurídicas, de sorte a lesar credores e prejudicar a sociedade. Desse modo, verifica-se que as hipóteses autorizadoras à relativização da autonomia das pessoas jurídicas alteram-se consideravelmente, a depender da natureza jurídica da relação (comercial, trabalhista, consumerista, etc). Daí nasce a visão dicotômica da *disregard doctrine* dada pela existência da teoria maior e menor, aquela necessariamente atrelada ao abuso da personalidade jurídica, e esta aplicável em caso de mero prejuízo ao credor. Diante disso, este trabalho buscou levantar discussões da doutrina quanto ao §5º do art. 28 do CDC, o qual fundamenta a aplicação da teoria menor nas relações de consumo, e ao art. 50 do CC, que trata da teoria maior. É fundamental compreender as justificativas para a manutenção de ambas modalidades judiciais, constatando se é válido ou não facilitar ao consumidor atacar o patrimônio do sócio e/ou administrador somente baseando-se no argumento de que a personalidade jurídica é um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos. A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada quanto à natureza como pesquisa básica, pois objetiva gerar conhecimentos úteis para uma análise crítica quanto à forma a qual vem sendo aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. Da forma de abordagem do problema, a pesquisa se classificará tão somente como qualitativa, porque utiliza conteúdos já publicados para a análise daquele. No tocante à metodologia, o trabalho faz a opção pelo método hipotético-dedutivo e, enquanto procedimento, pela pesquisa bibliográfica. Após o contato com obras de grandes estudiosos do tema, a conclusão extraída foi a de que a escolha pela manutenção das duas modalidades da *disregard doctrine* deve ser tomada procurando-se o maior benefício ao consumidor (coletividade).

Palavras-chave: Pessoa jurídica; Autonomia; Patrimônio; Desconsideração; Personalidade; Teoria; Maior; Menor; Abuso; Mero prejuízo.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o desenvolvimento doutrinário acerca do conceito de pessoa jurídica apontou para uma existência autônoma, distinta da figura dos seus membros. Essa realidade é verificada expressamente no ordenamento brasileiro, com

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ipatinga.

² Atualmente é professor universitário – FADIPA – Faculdade de Direito de Ipatinga. Tem experiência na área de Direito Civil e Empresarial, com ênfase em outras áreas do conhecimento como a Bioética/Biodireito.

destaque à redação do art. 49-A do Código Civil: “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”.

Essa autonomia da pessoa jurídica encontra amparo na Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, no intuito de estimular o exercício de atividade econômica, trouxe no art. 1º como fundamento os valores sociais da livre iniciativa.

Nada obstante, não se pode ignorar que, por vezes, certos indivíduos envolvidos na atividade empresarial, na qualidade de sócios e/ou administradores, utilizam as pessoas jurídicas de forma a incorrer em abusos – empregam a proteção legal conferida a estas entidades para proteger o patrimônio próprio. Aqui temos o exemplo do caso histórico *Salomon vs Salomon & Co.*

Nesses casos, nos termos do art. 187 do CC, o exercício do direito concernente ao livre desempenho de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CRFB) excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Tendo isso em vista, os juristas se viram diante da necessidade de elaborar uma teoria que pudesse impedir a prática dos referidos ilícitos, zelando, portanto, pela boa-fé nos negócios jurídicos. Estavam lançadas as bases para a elaboração da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, teoria do levantamento do véu ou teoria da penetração (*disregard of the legal entity*).

O referido instituto fora incorporado expressamente pela legislação brasileira, conforme constata-se pela leitura do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, bem como do art. 50 do Código Civil. Em síntese, ele possibilita afastar a autonomia da pessoa jurídica e, conseqüentemente, possibilitar aos credores a satisfação da dívida no nome dos sócios que perpetraram os abusos.

Observando-se essa incorporação da desconsideração da personalidade jurídica ao ordenamento pátrio, a doutrina e a jurisprudência têm discutido a existência de duas teorias, a menor e a maior. A primeira prevista no artigo 28 do CDC; enquanto que a segunda, no artigo 50 do Código Civil.

Essas duas modalidades despertam amplo debate doutrinário e jurisprudencial. De fato, há quem defenda a superação desse modelo, de modo que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica restrinja-se aos parâmetros expostos no art. 50 do Código Civil. Segundo essa visão, a teoria menor – mormente a contida no art. 28, §5º, do CDC – banaliza o instituto. Isso, defendem, acarreta uma relativização excessiva ao princípio da autonomia patrimonial, provocando insegurança jurídica, cujo impacto é sentido nas práticas comerciais.

Isso posto, essa pesquisa visa elucidar se persistem razões suficientes para a manutenção da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade no âmbito do direito do consumidor, porquanto a polêmica redação do art. 28 do CDC, conforme a doutrina, oferece margem para a aplicação das duas teorias.

Daí extrai-se a relevância deste trabalho, qual seja: identificar eventuais motivos para a manutenção ou não da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica na seara consumerista. Isso por meio de sugestões de intervenção na redação do art. 28 do CDC.

A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada quanto à natureza como pesquisa básica, pois objetiva gerar conhecimentos úteis para uma análise crítica quanto à forma que vem sendo aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil. Da forma de abordagem do problema, a pesquisa se classificará como qualitativa, porque utiliza conteúdos já publicados para seu desenvolvimento.

Quanto aos objetivos será uma pesquisa exploratória, porquanto envolve levantamento bibliográfico, por meio da análise da doutrina e jurisprudência, visando a estimular a compreensão acerca da existência da dicotomia presente no instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

No tocante à metodologia, o trabalho em mãos faz a opção pelo método hipotético-dedutivo. Esta opção se justifica pois permite ao pesquisador propor uma hipótese e parte, por meio da dedução, para a sua comprovação ou não. Enquanto procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio da pesquisa bibliográfica, pois desenvolvido a partir de livros produzidos por estudiosos do Direito, assim como materiais disponíveis na internet, a exemplo de leis e jurisprudências.

Essas ferramentas permitirão uma pesquisa bem detalhada sobre o tema proposto. O material documentado, bem como, as respectivas análises serão organizadas em relatórios de pesquisa componente do estudo monográfico que se pretende construir.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de partir para a análise propriamente dita da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário conceituar pessoa jurídica com base na doutrina. Além disso, é importante compreender a função dessa entidade no que diz respeito ao estímulo às atividades empresariais, fundamento das sociedades de mercado. É o que se fará a seguir.

2.1 Conceito de pessoa jurídica

O homem é um ser eminentemente social, incapaz de viver isolado. Com efeito, ele voluntariamente associa-se aos seus semelhantes, constituindo grupos que possuem por objetivo alcançar metas em comum (Gonçalves, 2020). Desse fenômeno



nasce a ideia de pessoa jurídica, um ente abstrato detentor de vontade própria (Pereira, 2002 *apud* Gonçalves, 2020).

Nesse sentido, a pessoa jurídica pode ser conceituada como “o grupo humano, criado na forma da lei, e dotado de personalidade jurídica própria, para a realização de fins comuns” (Pamplona Filho; Gagliano, 2023); ou mesmo como “entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações” (Gonçalves, 2020, p. 235).

2.2 Razão de ser da pessoa jurídica

PamplonaFilho e Gagliano (2023) apontam que a justificativa para a construção de entidades de existência ideal advém da necessidade de estímulo ao exercício da livre iniciativa, sendo certo que fora preservada no ordenamento civil brasileiro a ideia da redação do *caput* do art. 20 do CC/1916, o qual previa que “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

Conforme observa Ramos (2020), trata-se do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, hoje consagrado na redação do art. 49-A, que fora inserido pela Lei n. 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), bem como no art. 1.024, ambos do CC/2002; senão vejamos:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

De fato, “a outorga de personalidade jurídica a entidades de existência ideal tem por finalidade, em verdade, o livre estabelecimento de relações jurídicas lícitas, facilitando o comércio e outras atividades negociais” (Pamplona Filho; Gagliano, 2023).

Por fim, ilustra Nahas (2007, p. 96):

A autonomia patrimonial é, assim, uma das mais importantes consequências da personalização, permitindo que os sócios e administradores sejam considerados, em suas relações com a sociedade e com terceiros, como pessoas estranhas, a ponto de isentá-los de responsabilidade pelos atos sociais.

3 ORIGEM E APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A proteção advinda da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas preconiza que, como regra, “seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social”. Assim, é previsto que, somente após o exaurimento do patrimônio da pessoa jurídica, a depender do tipo societário adotado, será possível aos credores dela satisfazerem o crédito por meio dos bens particulares dos componentes da executada (Tartuce, 2023).

Ato contínuo, Tartuce (2023) observa que:

Devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, desviou-se de seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando sociedade ou terceiros, provocando reações na doutrina e na jurisprudência.

O caso dos irmãos Salomon, de 1897, é uma das fraudes registradas por diversos juristas como marco à relativização dessa proteção advinda das pessoas jurídicas, ou seja, ao desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O litígio, *Salomon vs. Salomon & Co.*, é retratado a seguir:

Aaron Salomon, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, cedendo para cada um apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil. Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de Salomon e de sua própria companhia.

Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir. Ora, revelando-se insolvente a sociedade, o próprio Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa.

Apesar de Salomon haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões de instâncias inferiores, acatou a sua defesa, no sentido de que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais (Pamplona Filho; Gagliano, 2023).

Vido (2020) observa que, embora a decisão proferida pela primeira instância determinando a desconsideração da personalidade jurídica tenha sido reformada, “nesse caso teve origem a *disregard doctrine*”.

Posteriormente, sobreveio a tese de doutorado de Rolf Serick, defendida na Universidade de Tubigen, Alemanha, em 1953. Ele estudou a jurisprudência norte-americana e sistematizou a teoria, buscando critérios gerais para relativizar o escudo das pessoas jurídicas, afastar a autonomia desses entes (Coelho, 2011, p. 56). A partir da publicação desse trabalho, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica

(*disregard of the legal entity*) se difundiu consideravelmente (Pamplona Filho; Gagliano, 2023).

Observando o contexto da criação do instituto (ocorrência de fraudes, abuso de direito), Tartuce (2023) tece considerações sobre a denominação do instituto:

Visando a coibir tais abusos, surgiu a figura da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica, teoria do levantamento do véu ou teoria da penetração na pessoa física* (“*disregard of the legal entity*”). Com isso se alcançam pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos.

[...]

Em suma, o *véu* ou *escudo*, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador.

Em resumo, e ao encontro das considerações acima, a teoria é aplicável em situações nas quais a pessoa jurídica seja utilizada para fins fraudulentos ou por abuso de direito, ficando insolvente e com dívidas não quitadas. Consiste, pois, no afastamento tão somente da eficácia do seu ato constitutivo, determinado pelo magistrado, permitindo a satisfação do débito em face do patrimônio particular dos sócios. Importante destacar, não se trata da desconstituição da pessoa jurídica, nem declaração de sua inexistência; mas sim do afastamento temporário de autonomia do ente, a fim de responsabilizar pessoalmente os sócios pelas obrigações assumidas em nome da pessoa jurídica (Chagas, 2023).

4 DISREGARD DOCTRINE NO DIREITO BRASILEIRO

Ramos (2020) registra que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica chegou ao Brasil pelas mãos de Rubens Requião, na década de 1960, quando o autor já defendia a sua aplicação no País, a despeito da ausência de previsão legislativa”.

Com efeito, de início, o desenvolvimento desse instituto no Direito Civil brasileiro ficou a cargo da jurisprudência. Essa situação persistiu até o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o qual previu expressamente no art. 28 a possibilidade do juiz desconsiderar a personalidade jurídica (Pamplona Filho; Gagliano, 2023).

Após, foram editadas diversas leis tratando sobre a desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo da 8.884/94³ e 9.605/98⁴, com redações inspiradas no CDC. Nada obstante, aponta a doutrina que, com a sanção da Lei 10.406/2002

³ Atualmente revogada pela Lei 12.529/2011. Dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁴ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

(Código Civil), houve alteração do tratamento legislativo ao tema, de modo a refletir com fidelidade os ideais originais do instituto (Ramos, 2020).

Nesse sentido, cumpre destacar a seguir o tratamento que o CDC e o CC/2002 dispensaram à desconsideração da personalidade jurídica, com destaque à dissonância entre o *caput* do art. 50 do Código Civil e o §5º do art. 28 do CDC, fato esse que ensejou à criação de duas modalidades de aplicação do instituto, quais sejam: teoria maior e menor.

4.1 Teoria maior e menor

A doutrina e a jurisprudência têm proposto ao tema uma visão dicotômica da desconsideração da personalidade jurídica, na qual o art. 50 do CC prevê a modalidade Maior; ao passo que o §5º do art. 28 do CDC e o art. 4º da Lei 9.605/98 preveem a Menor ((Pamplona Filho; Gagliano, 2023).

No tocante à teoria maior, conforme Vido (2020), “a desconsideração só pode ocorrer se houver abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”. De fato, é o que podemos averiguar pela leitura do art. 50 do Código Civil, observada a alteração dada pela Lei n. 13.874/2019. Transcreve-se:

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

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

No mesmo sentido caminha a análise de Cavalieri Filho (2019), ao ensinar que “a teoria maior condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto”. Ademais, afirma que, nesse caso, não se pode admitir “a desconsideração com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações”. Com efeito, “para além da prova de insolvência”, há a necessidade da “demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial”.

Importante destacar também que Cavalieri Filho (2019) enxerga duas espécies na teoria maior, a saber: a subjetiva ou objetiva. Cada qual consiste na maneira em que se constata a ocorrência do abuso da personalidade jurídica; se pelo desvio de finalidade ou, pela confusão patrimonial. Veja-se:

A prova do desvio de finalidade faz incidir a teoria maior subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade, como já ressaltamos, é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica. A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria maior objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação do patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios (Cavalieri Filho, 2019).

Lado outro, Almeida (2020) pontua que “o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria menor”, bastando, pois, “a insolvência do fornecedor para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica”. Inclusive, ele também alerta para a aplicação dessa modalidade do instituto no âmbito do Direito Ambiental e no Direito do Trabalho, porquanto o legislador julgou pertinente uma maior proteção nessas esferas. A propósito:

Pontuamos em outra oportunidade que, da mesma forma como ocorre no Direito Ambiental e no Direito do Trabalho, a adoção da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica está relacionada com o direito protecionista, pois visa “assegurar o ressarcimento ou indenização ao consumidor antes que seja tarde demais, antes que nada mais exista no patrimônio garantidor. O legislador, mais uma vez astuto à realidade encontrada, se antecipa e permite a desconsideração, isso antes mesmo de haver um grande perigo de não ressarcimento, é mais uma medida de cautela legislativa”⁵ (Almeida, 2020).

Essa conclusão pode ser extraída do §5º do art. 28 do CDC: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

⁵ O trecho entre aspas citado por Almeida (2020) foi retirado da seguinte obra: BOLZAN, Fabrício; GALVÃO, Emiliano. Desconsideração da personalidade jurídica no CDC e um diálogo com o Direito Ambiental e com o Direito Civil. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Temas aprofundados**: magistratura. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 331.

Acrescente-se que, no caso do Direito Ambiental, há previsão semelhante contida no art. 4º da Lei de Crimes Ambientais, cita-se: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Aliás, no tocante à esfera trabalhista, segue-se com as lições de Vido (2020):

A desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho não tem previsão legal, mas a teoria adotada é a teoria menor, ou seja, basta o não pagamento por parte da sociedade reclamada para que a desconsideração seja determinada. A exigência da prova do abuso da personalidade seria muito difícil de ser produzida pelo trabalhador. O juiz terá de definir se prestigiará a proteção do trabalhador ou a tutela da segurança jurídica. Na Justiça do Trabalho, normalmente se prestigia a proteção ao trabalhador.

Em que pese a aplicação da teoria menor nessas três áreas, neste trabalho a discussão se voltará à legislação consumerista. Desse modo, cumpre aqui retratar a jurisprudência amplamente citada por juristas, no que diz respeito à contraposição entre a teoria maior e a menor. Confira-se:

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.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- 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).

- 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.

(REsp n. 279.273/SP, relator Ministro Ari Pargendler, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2003, DJ de 29/3/2004, p. 230) (grifo próprio).

A ementa do julgado é bastante didática, resume aquilo que fora dito até então, a aplicação da teoria maior observa além da constatação da insolvência do devedor, o abuso da personalidade jurídica, verificável pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil; ao passo que a teoria menor para ser aplicada basta a inadimplência, conforme §5º do art. 28 do CDC.

5 TEORIA MENOR E O DIREITO DO CONSUMIDOR (ART. 28 DO CDC)

A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor está prevista no art. 28. Confira-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 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.

§ 1º (Vetado).

§ 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.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Cavaliere Filho (2019) realiza uma aprofundada interpretação do artigo. Julga-se oportuno transcrevê-la na íntegra:

A primeira parte desse dispositivo reproduz as hipóteses tradicionais de desconsideração da pessoa jurídica, a saber: (a) **Abuso do direito** – que ocorre quando “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, consoante art. 187 do Código Civil. Os direitos são concedidos aos seus titulares para serem exercidos de maneira justa, social, legítima, e não para que façam uso deles arbitrariamente. O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, exploração, fraude, enfim, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina; (b) **Excesso de poder** – aqui deve ser também entendido como **desvio de finalidade**, tal como previsto no art. 50, caput e §§1.º e 5.º, do Código Civil. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia ou vai além da finalidade da norma, dos estatutos ou do contrato social,

transformando-o em ato substancialmente ilícito. A conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos; (c) **Infração da lei ou prática de ato ilícito** – aqui o ato será formalmente contrário à disposição legal de qualquer ordem, violador de dever jurídico contratual ou extracontratual; (d) **Violação dos estatutos ou contrato social** – hipótese essa já abrangida pelas duas anteriores, uma vez que a violação dos estatutos ou do contrato social é perpetrada através do excesso de poder ou desvio de finalidade. Há quem sustente que nesses casos não haverá desconsideração da pessoa jurídica, mas responsabilidade pessoal do sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. (grifo próprio).

Ademais, continua Cavalieri Filho (2019), observando apontamentos dos juristas ligados à seara consumerista, houve novidade trazida pela segunda parte do art. 28 do CDC, porquanto:

Pela primeira vez, observam os autores, o nosso direito acolheu a desconsideração **independentemente da fraude ou abuso do direito**, só pela **má administração** que leve a pessoa jurídica à falência, ao estado de insolvência, ao encerramento ou à inatividade, que possa impedir que o consumidor seja integralmente ressarcido. Nesse caso, bastará que o consumidor esteja sendo violado por simples responsabilidade objetiva dos atos praticados pelo fornecedor. (grifo próprio).

Esse incremento de hipóteses capazes de configurar responsabilização de sócios e/ou administradores não é bem recebida por parcela da doutrina, a qual aponta que essa expansão desvirtua o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, cuja aplicação deveria se restringir aos casos em que presente abuso. Veja-se posicionamentos nesse sentido:

A teoria da desconsideração, como visto, tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito, responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu. Não há nenhuma dificuldade em estabelecer essa responsabilização, e a existência da pessoa jurídica não a obsta, de maneira alguma. A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal de pessoa jurídica, ou em função da qualidade de sócio ou controlador, em nada altera a responsabilidade daquele que, ilicitamente, causa danos a terceiros. Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.

Outro aspecto do disposto no art. 28, caput, do CDC é a referência à má administração da pessoa jurídica como pressuposto da desconsideração. Aqui, cogita-se de erros do administrador na



condução dos negócios sociais. Quando ele desatende às diretrizes fixadas pelas técnicas administrativas, pela chamada “ciência” da administração, deixando de fazer o que elas recomendam ou fazendo o que desaconselham, e disto sobrevêm prejuízos à pessoa jurídica, ele administra mal; e, se ocorrer a falência da sociedade empresária, a insolvência da associação ou fundação ou mesmo o encerramento ou a inatividade de qualquer uma delas em decorrência da má administração, então será possível imputar ao administrador a responsabilidade pelos danos sofridos pelos consumidores. Novamente, a existência e autonomia da pessoa jurídica não obstam essa responsabilização, descabendo, por isso, a referência à sua desconsideração (Coelho, 2011, p. 71).

A despeito de terem sido inovadoras, as três leis acima⁶ mencionadas, além de não servirem como regra geral de aplicação da teoria, por terem sua incidência restrita às matérias específicas que regulam, receberam duras e justas críticas da doutrina, sobretudo dos comercialistas. Com efeito, as normas acima transcritas não condizem com as formulações doutrinárias que deram origem à *disregard doctrine*, prevendo a sua aplicação em casos para os quais o ordenamento jurídico já contém remédios eficientes, como acontece nas situações de excesso de poder ou de prática de ato ilícito, com infração da lei, dos estatutos ou do contrato social (Ramos, 2020).

Não bastassem críticas como as transcritas acima, há ainda a controvérsia presente entre o *caput* e o §5º, ambos do art. 28 do CDC. De fato, este último, cujo teor é “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, embasa a aplicação da teoria menor nas relações de consumo. Segue-se com o resumo de Anderson Schreiber *et al.* (2021) acerca da discussão doutrinária:

o Código de Defesa do Consumidor, primeira norma relevante a versar sobre o tema em nossa experiência legislativa, pareceu acolher a teoria maior na primeira parte do *caput* do art. 28, em que alude a “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. No restante do dispositivo, contudo, e especialmente no § 5º do art. 28, o Código de Defesa do Consumidor parece albergar a teoria menor da desconsideração, uma vez que alude simplesmente ao obstáculo para a reparação de danos. Toda a controvérsia que se instaurou a partir da publicação do Código de Defesa do Consumidor gira em torno de saber se o § 5º do art. 28 deve ser lido em consonância com o *caput*, caso em que o próprio parágrafo se torna inútil, ou se, ao contrário, deve ser lido de forma autônoma, caso em que o que se torna inútil é o *caput*.

Ora, no REsp n. 279.273/SP verifica-se nas relações de consumo a opção pela aplicação isolada do §5º do CDC, de modo que o *caput*, de fato, aparenta não possuir valor algum, porque, sendo o mero inadimplemento suficiente para se levantar o véu da pessoa jurídica e atingir os sócios e/ou administradores, desnecessário, pois, averiguar outros requisitos, a exemplo do abuso de direito.

⁶ Aqui Ramos (2020) faz referência ao CDC e a outras duas leis, quais sejam: a Lei 8.884/1994, que, em seu art. 18, repetiu a redação do art. 28, *caput*, do CDC; e a Lei 9.605/1998, a qual repetiu, em seu art. 4.º, a redação do art. 28, § 5.º, do diploma consumerista.

Não obstante, permanecem reflexões que colocam em dúvida se realmente houve inequívoco interesse por parte do legislador quanto à manutenção do §5º do art. 28. Isso em virtude da exposição das razões do veto ao §1º do mesmo artigo. É o que expõe Tartuce (2023):

no que tange ao Direito do Consumidor, como é notório, o art. 28, § 1.º, do CDC, foi vetado, quando na verdade o veto deveria ter atingido o § 5.º. O dispositivo vetado teria a seguinte redação: “a pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram” (art. 28, § 1.º). As razões do veto, que não têm qualquer relação com a norma: “O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”.

Assim, fica em dúvida a verdadeira adoção dessa teoria, apesar da previsão legal. Nesse sentido, comentando o erro no veto, anota Gustavo Rene Nicolau que “com este equívoco manteve-se em vigor o terrível § 5.º. Entendo que não se pode considerar eficaz o referido parágrafo, prestigiando um engano em detrimento de toda uma construção doutrinária absolutamente solidificada e que visa – em última análise – proteger a coletividade”.⁷ O que é importante dizer é que apesar dos protestos do civilista, e de outros autores, o art. 28, § 5.º, do CDC, vem sendo aplicado amplamente pela jurisprudência, como precursor da *teoria menor*.

Em suma, tenha ocorrido ou não erro de veto, fato é que, quando se reconhece que no *caput* do art. 28 já existem todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inexistente justificativa à manutenção do §5º. Com efeito, caberia, pois, nas relações de consumo, a aplicação da teoria maior, observando-se tão somente o *caput*, conforme ilustrado por Anderson Schreiber *et al.* (2021). Todavia, conforme orientação do STJ, desnecessárias mostram-se as hipóteses do *caput*, haja vista ser aplicável a teoria menor, priorizando-se, na ordem econômica, o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, da CRFB).

6 TEORIA MENOR (ART. 28, §5º, DO CDC): NOVOS CONTORNOS À *DISREGARD DOCTRINE*

É sabido que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deve ter aplicação excepcional. Isso porque “uma flexibilização exagerada das razões capazes de fundamentar o levantar do véu da pessoa jurídica pode simplesmente extinguir

⁷ O trecho entre aspas citado por Tartuce (2023) foi retirado da seguinte obra: NICOLAU, Gustavo René. Desconsideração da personalidade jurídica. *In*: CANEZIN, Claudete Carvalho. **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006. v. III, p. 236.

materialmente o ente coletivo, o que seria equivalente à negação da pessoa jurídica” (Serick, 1955 *apud* Chagas, 2023).

Coelho (2011, p. 59), ao encontro dessas considerações, entende que a preservação da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é vital para a economia capitalista – “o princípio da personalização das sociedades empresárias, e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não pode ser descartado na disciplina da atividade econômica”.

Dessarte, de acordo com Coelho (2011, p. 59), “a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade”. Assim, conclui o jurista, é incabível a desconsideração “quando não caracterizada especificamente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica”, de sorte que “não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza”.

Ramos (2020) apresenta preocupação semelhante quando diz que “tem-se relativizado progressivamente a autoridade do princípio da autonomia patrimonial, por meio de inúmeras concepções doutrinárias recentes, que tentam conferir à *disregard doctrine* novos parâmetros”. Segundo ele, não se pode autorizar a desconsideração diante do “mero prejuízo do credor, configurado com a simples insolvência da pessoa jurídica”, sob o argumento de que “o risco empresarial normal decorrente do exercício de atividades econômicas não deveria ser suportado, indistintamente, por todos os credores da pessoa jurídica, mas apenas pelos chamados *credores negociais*”. Ele faz uma síntese dessa posição com a qual discorda:

para entender melhor o posicionamento dos defensores da regra em análise, é interessante dividir os credores da pessoa jurídica em dois grupos: a) *credores negociais* e b) *credores não negociais*. Os primeiros seriam aqueles que têm condições de pactuar previamente a formação do seu crédito (ex.: bancos, fornecedores etc.), exigindo garantias, por exemplo. Já os credores do segundo grupo são aqueles que, contrariamente, não negociam a formação de seus créditos (ex.: trabalhadores, consumidores etc.). Assim, submetê-los ao risco empresarial seria injusto (Ramos, 2020).

Seguindo, a implicação lógica das considerações acima é o rechaçamento à previsão contida no art. 28 do CDC, mormente quanto ao §5º desse dispositivo, e, por conseguinte, à tese fixada no REsp n. 279.273/SP.

Realmente, para Coelho (2011), o qual entende como ultrapassada a visão dicotômica da *disregard doctrine*, a teoria menor é uma aplicação incorreta do instituto, indicativa de “crise do princípio da autonomia patrimonial”. Logo, considerando que a teoria maior, nos termos do art. 50, somente é aplicável diante de fraudes – mau uso da forma da pessoa jurídica, desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva –, apenas ela

deveria ser aplicada nos tribunais, extirpando-se, pois, a equivocada. Seguem considerações nesse sentido:

nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação doutrinária da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais. A melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração (isto é, os arts. 28 e § 5º do CDC, 18 da Lei Antitruste, 4º da Lei do Meio Ambiente e 50 do CC) é a que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica (Coelho, 2011, p. 74-75).

Some-se ainda a censura de Coelho (2011) no que tange a uma aplicação autônoma do §5º do art. 28 do CDC, tal como fora verificado no REsp n. 279.273/SP. Observe-se:

No tocante ao § 5º do art. 28 do CDC, note-se que uma primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica. Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração (Coelho, 2011, p. 71-72).

Oportuno acrescentar também considerações extraídas da leitura da obra de Chagas (2023), o qual, extremamente crítico à previsão contida no §5º do art. 28 do CDC, entende que esse parágrafo não especifica as hipóteses do *caput*, acabando, pois, por expandi-las, “como cláusula aberta⁸, cláusula geral”. Ele ainda pontua que isso trata-se de uma condição à aplicação do instituto “meramente objetiva, autônoma”, a qual acaba por “aniquilar do princípio da autonomia patrimonial”⁹ no âmbito das relações de consumo.

⁸ O trecho entre aspas citado por Chagas (2023) foi retirado da seguinte obra: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 22.

⁹ O trecho entre aspas citado por Chagas foi retirado da seguinte obra: OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado**. 4. ed., 2023, p. 352.

Na oportunidade, importante transcrever trechos em que Chagas (2023) expande as críticas por meio de uma perspectiva econômica:

Uma análise mais acurada do art. 28, § 5º, do CDC demonstra que sua redação chega a ser um obstáculo ao empreendedorismo, pois o legislador estabeleceu que os sócios sejam atingidos em seu patrimônio, “sempre que, de alguma forma”, houver dano causado ao consumidor. A regra é precipitada, assustadora e exterminadora da possibilidade de se exercer a atividade econômica com a segurança decorrente da proteção do patrimônio pessoal, até porque mais de 90% das relações de pessoas jurídicas empresariais são estabelecidas entre elas e consumidores. Na hipótese de infortúnio para o consumidor, pode ele buscar sua indenização até entre os bens pessoais dos sócios. Proteger o consumidor é necessário, todavia também é necessário garantir a atividade produtiva, estimulá-la e protegê-la, pois a todos (Estado, Mercado, Empregados, Consumidores, Coletividade) interessam a constituição e a preservação das pessoas jurídicas produtivas.

Para Chagas (2023), hipóteses legais de desconsideração objetiva, a exemplo da prevista no §5º do art. 28 do CDC, incrementam riscos a empreendedores; ao passo que as subjetivas (fraude ou abuso) colocam o risco a cargo dos credores, no caso consumidores (coletividade). Por isso, ele conclui que a fórmula prevista no art. 50 do CC (teoria maior) é a mais próxima de uma solução ideal, apta a distribuir equitativamente o risco da atividade econômica entre empreendedores e a coletividade.

Em que pese apontamentos na linha de Chagas (2023), Coelho (2011) e Ramos (2020), o fato é que a visão dicotômica é aplicada reiteradamente nos tribunais, de modo que a questão da análise da ocorrência de abuso está circunscrita aos casos em que não haja previsão legal específica, situações nas quais se aplica o art. 50 do CC. Acrescente-se que nessas circunstâncias os tribunais vêm sendo cautelosos na aplicação do instituto. É o que se denota pelos seguintes julgamentos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. [...] **Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.**

2. **O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.**

3. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp n. 1.306.553/SC, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe de 12/12/2014) (grifo próprio).

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO.

[...]

6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

7. A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

8. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.729.554/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/5/2018, DJe de 6/6/2018) (grifo próprio).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO NCPC QUE NÃO SE VERIFICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 50 DO CC/02. MEROS INDÍCIOS DE ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO SE ENQUADRAM NOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PARA A ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. A desconsideração da personalidade jurídica está subordinada a efetiva demonstração do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, e o benefício direto ou indireto obtido pelo sócio, circunstâncias que não se verificam no presente caso. Precedente. (...)

(REsp n. 1.838.009/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/11/2019, DJe de 22/11/2019) (grifo próprio).

Com efeito, em tais casos, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica por parte do STJ tem sido criteriosa, porque negou validade às decisões judiciais que vinham entendendo que a prática de extinção irregular de sociedades afigurava-se idônea a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Assim, reforçou-se a necessidade da análise substancial dos requisitos exigidos pelo art. 50 do Código Civil (Schreiber *et al.*, 2021).

Noutro giro, situação distinta ocorre quando há previsão específica, a exemplo do §5º do art. 28 do CDC, ou mesmo o art. 4º da Lei de Crimes Ambientais. Nessas situações permanece sendo aplicada a teoria menor, de sorte que o mero prejuízo do credor tem por consequência a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Veja-se julgado recente do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. INCIDENTE. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 28, § 5º, DO CDC. TEORIA MENOR. SÓCIO. ATOS DE GESTÃO. PRÁTICA. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROTRELATÓRIO. INEXISTÊNCIA. MULTA. AFASTAMENTO.

1. Para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC), basta que o consumidor demonstre o estado de insolvência do fornecedor e o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados.

[...]

(REsp n. 1.900.843/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 30/5/2023) (grifo próprio).

Os defensores da manutenção da teoria menor nas relações de consumo, diferente daquela retratada anteriormente, a qual faz apelo à segurança jurídica e à preservação da autonomia da pessoa jurídica, apontam para o fato de que o Estado tem o dever de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CRFB).

Inclusive, verifica-se tamanha preocupação nesse sentido que, malgrado a previsão do *caput* do art. 133 do CPC, “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”, há quem defenda a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de ofício pelo magistrado. Esse é o posicionamento de Tartuce (2023), senão vejamos:

entendo que, em alguns casos, envolvendo a ordem pública, a desconsideração da personalidade jurídica *ex officio* é possível. Cite-se, de início, as hipóteses envolvendo os consumidores, eis que, nos termos do art. 1.º da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social, envolvendo direitos fundamentais protegidos pelo art. 5.º da Constituição Federal de 1988.

A esse propósito, por todos os doutrinadores consumeristas, como pondera Claudia Lima Marques, “no Brasil, pois, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*) e é um direito subjetivo fundamental (art. 5º, XXXII), guiando – e impondo – a aplicação *ex officio* da norma protetiva dos consumidores, a qual realize o direito humano (efeito útil e *pro homine* do *status* constitucional); esteja esta norma no CDC ou em fonte outra (art. 7º do CDC)”¹⁰.

Resumindo-se, não se pode desconsiderar a validade das críticas atinentes ao efeito negativo produzido por uma banalização do escudo da pessoa jurídica, cuja razão de ser remonta às bases da sociedade de mercado. Entretanto, em se tratando de relações desbalanceadas por natureza, como é o caso da consumerista, devem ser considerados os parâmetros constitucionais – a defesa do consumidor faz parte dos

¹⁰ O trecho entre aspas citado por Tartuce (2023) foi retirado da seguinte obra: MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 70.

direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXII, C/C art. 170, inciso V, ambos da CRFB) – que foram reforçados na legislação especial (vide art. 6º, incisos VI e VIII do CDC¹¹). A propósito:

O fundamento constitucional da defesa do consumidor justifica plenamente a aplicação da teoria menor da desconsideração prevista no CDC. Como visto, o art. 170, V, da Constituição, inseriu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da ordem econômica, de sorte que os danos a ele causados devem ser efetivamente reparados, independentemente de outros valores ou dogmas. “É sob este enfoque”, pondera Gustavo Bandeira, “que se justifica o atingimento dos bens dos sócios por dívidas da pessoa jurídica, sempre que a falta, insuficiência ou inadequação do seu patrimônio torne-se óbice à efetiva reparação dos danos causados ao consumidor e ao meio ambiente. Há que se valorar, no caso, os princípios em conflito, devendo prevalecer aquele que para a Constituição revela-se mais importante, segundo um juízo de proporcionalidade. Nesse sentido, o instituto da pessoa jurídica não pode prevalecer sobre um princípio maior, de ordem constitucional, que é a defesa do consumidor e do meio ambiente, aos quais deve obediência toda e qualquer atividade econômica, nos termos do art. 170, V e VI da CF” (ob. cit., p. 196)¹² (Cavaliere Filho, 2019).

7 CONCLUSÃO

A despeito das origens da *disregard doctrine* apontarem para a relativização da autonomia da pessoa jurídica somente quando presente abuso da personalidade jurídica, o direito brasileiro incrementou novas hipóteses aptas a resultar na aplicação do instituto.

Como consequência dessa expansão, foram desenvolvidas duas teorias, a maior, que observa as bases do instituto, verificável no *caput* do art. 50 do Código Civil, sendo, conseqüentemente, aplicável apenas quando presente o abuso (desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial); e a menor, prevista em microssistemas, a exemplo do Direito do Consumidor, utilizada quando o véu da pessoa jurídica possa provocar prejuízo ao credor.

Desse contraste presente entre as teorias, originou-se o objeto de pesquisa deste trabalho, qual seja, identificar, por meio do debate doutrinário e jurisprudencial, razões suficientes à manutenção ou não da aplicabilidade da teoria menor no âmbito das relações de consumo.

¹¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...].

¹² Os trechos entre aspas citados por Filho (2020) foram retirados da seguinte obra: BANDEIRA, Gustavo. Relativização da pessoa jurídica. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

Fato é que não se pode restringir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica tão somente aos parâmetros contidos no art. 50 do Código Civil (teoria maior), sob o argumento de que as bases da teoria apontavam apenas para os casos nos quais existisse abuso da pessoa jurídica.

Isso porque todos os institutos jurídicos estão sujeitos à mudança, estando o Direito em constante evolução. Em paralelo, dadas as devidas proporções, a Ciência não deixou de indicar o átomo (do grego: *a*: não; *tomo* pedaço) como elemento constituinte da matéria em virtude de ter descoberto que ele, diferentemente do que indicavam os filósofos na Grécia Antiga, e de maneira paradoxal, não é indivisível¹³.

Assim, em se tratando de microsistemas (direito do consumidor, ambiental, trabalhista, entre outros), o que se deve ter em mente é a proteção dos interesses da coletividade. Nessas esferas, partindo-se de uma interpretação teleológica¹⁴, o primordial é atender ao bem comum, sendo certo que uma visão sistêmica¹⁵ exibe a preocupação inexorável do legislador no tocante à tutela dos vulneráveis, a exemplo do consumidor.

Com efeito, há dois caminhos possíveis. O primeiro, caso fique constatado, pelas Ciências Econômicas, que os efeitos da aplicação da teoria menor, no caso do Direito do Consumidor, produzem resultados preponderantemente negativos (redução da oferta de bens e serviços, em virtude da menor disposição dos indivíduos em empreender), então a referida modalidade é desnecessária.

Nesse cenário, é prudente a revogação completa do art. 28 do CDC, de sorte que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo deverá se restringir aos parâmetros presentes no art. 50 do Código Civil, ou seja, somente em casos de abuso da personalidade jurídica.

Noutro giro, a segunda possibilidade aponta no sentido de que as repercussões do afastamento da autonomia das pessoas jurídicas com base no art. 28, §5º, do CDC (teoria menor nas relações de consumo), ou seja, diante do mero prejuízo ao credor, não inibem a disposição dos indivíduos a correr os riscos mercadológicos, estando certos estudiosos superestimando os efeitos nocivos.

Em se constatando este último cenário, conclui-se que a manutenção da teoria menor no Direito do Consumidor é imprescindível. Assim, uma sugestão possível é que, na Seção V do Capítulo IV do Título I da lei nº 8.078/90, conste tão somente a previsão contida no atual §5º do art. 28, com a mera supressão do termo “também”.

¹³ Reflexão extraída da leitura das p. 93 e 128 a 133 da obra de Ricardo Feltre (2008).

¹⁴ Nas palavras de Garcia (2015), na interpretação teleológica ou sociológica, deve-se analisar “a finalidade da norma jurídica, ou seja, o fim que pretende alcançar. De acordo com o art. 5.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’”.

¹⁵ Segundo Garcia (2015), numa interpretação sistemática, “interpreta-se a norma jurídica em harmonia com o conjunto normativo em que está inserida, confrontando-a com outras normas presentes no ordenamento jurídico”.

Permanecerá, portanto, “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Isso em atenção à desnecessidade das previsões contidas no *caput* do art. 28 do CDC diante daquela relacionada à aplicação isolada do §5º. Ademais, essa alteração trará uma harmonização ao sistema jurídico, pois o CDC estará mais alinhado à previsão contida no art. 4º da Lei de Crimes Ambientais. Por certo, tal alteração é logicamente válida, haja vista esses dois arcabouços legais tratarem da proteção de direitos transindividuais.

Com isso estarão afastadas as críticas atinentes à construção do art. 28 do CDC, deixando claro o intuito do legislador no que diz respeito a expansão dos limites da desconsideração da personalidade jurídica, não mais limitados à ocorrência de abuso, tal qual preconizado inicialmente pela *disregard doctrine*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AURÉLIO, Marco. **Meditações**. Tradução: Laura Gillon. São Paulo: Principis, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 3 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 3 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp n. 1.306.553/SC**. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe de 12/12/2014. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300220444&dt_publicacao=12/12/2014. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 279.273/SP**. Relator Ministro Ari Pargendler, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2003, DJ de 29/3/2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000971847&dt_publicacao=29/03/2004. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.729.554/SP**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/5/2018, DJe de 6/6/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703068310&dt_publicacao=06/06/2018. Acesso em: 7 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.838.009/RJ**. Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/11/2019, DJe de 22/11/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800663857&dt_publicacao=22/11/2019. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.900.843/DF**. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 30/5/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903211127&dt_publicacao=30/05/2023. Acesso em: 6 jul. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. (Coleção Esquemático).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, v. 2: direito de empresa**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELTRE, Ricardo. **Química geral, v. 1**. 7ed. São Paulo: Moderna, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção direito civil brasileiro, v. 1**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

