
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O REFLEXO DA INSEGURANÇA JURÍDICA FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ana Paula Martinez

Acadêmica do 8º Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Graduada em Ciências Contábeis (UCS). Pós-graduada em Especialização em Administração Financeira (UCS). Contadora. E-mail: anapaulamartinez01@gmail.com

Informações de Submissão:

Aceito em: 13/10/2019

Publicado em: 22/03/2020

Palavras-chave:

Desconsideração da Pessoa Jurídica. Teoria Menor. Consumidor. Segurança Jurídica. Imprevisibilidade.

Resumo

O objetivo do presente estudo é a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica frente às relações consumeristas e seus reflexos. Desse modo, será estudada a doutrina e a legislação, compreendendo o conceito de empresa, sua personificação, os tipos societários que o direito brasileiro acolhe, bem como a limitação de responsabilidade dos sócios de acordo com o tipo societário. Posteriormente será abordado o conceito da desconsideração da personalidade jurídica, suas teorias, aplicação e responsabilização. E como objeto de análise, será a interpretação do Artigo 28 Caput e §5º do Código de Defesa do Consumidor que adota a teoria menor da desconsideração e seus reflexos para o instituto da pessoa jurídica. E por fim, será apontada a inviabilidade da aplicação da teoria menor nas relações consumeristas, na qual corrobora para a insegurança jurídica, que culmina no enfraquecimento do desenvolvimento econômico do país.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nas relações jurídicas consumeristas, comparando a legislação brasileira com os ensinamentos doutrinários.

A partir da abordagem do conceito de empresa, da aquisição da personalidade jurídica, os tipos societários e a limitação de responsabilidade dos sócios, serão apontados os efeitos gerados pela personificação da pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial.

Consequentemente, será estudada a desconsideração da personalidade jurídica como instituto que visa proteger a pessoa jurídica frente ao mau uso da sua personificação, para coibir fraudes e abuso de direito, a partir da concepção das teorias, a Maior e a Menor.

Sua aplicabilidade no mundo jurídico e a responsabilização dos agentes que deturpam a finalidade da sociedade que venha a ser desconsiderada.

Na sequência, uma breve introdução ao Código de Defesa do Consumidor como regulador das relações de consumo, pautado nos princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência que norteiam tais relações. E as interpretações acerca do seu Artigo 28 *Caput* §5º, que versa sobre a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que houver inadimplemento do fornecedor que possa impedir a reparação de prejuízos arcados pelo consumidor, através da aplicação da Teoria Menor.

E nesta conjuntura, o estudo proporciona evidenciar a insegurança jurídica que permeia as relações comerciais, provocadas tanto pela inadequada aplicação da Teoria Menor pelo judiciário, em detrimento do instituto da pessoa jurídica; bem como pela imprevisibilidade das decisões judiciais, que impedem o fomento comercial quando destituem a limitação do risco, que é fator determinante para empreender e constituir empresa, corroborando assim, para o entrave no desenvolvimento econômico e social do país.

2 DA PESSOA JURÍDICA

2.1 Da teoria da empresa

Há muito tempo o ser humano se dedica a empreendimentos de toda à ordem, visando o sucesso. No entanto, ao longo do tempo, pela necessidade de limitar o comportamento individual de cada empreendedor, através da interferência e garantia do Estado, foram estabelecidas regras jurídicas regulando as condutas¹. E assim equilibrando as relações de comércio, sem, no entanto, tolher a atuação econômica e a livre iniciativa.

Sendo assim, o conceito de empresa, advém de uma acepção econômica, que está ligada à ideia de organização dos fatores de produção como capital, trabalho e natureza, para a realização de uma atividade econômica, assim, desenvolvendo o conceito jurídico de empresa². E segundo Coelho, somente se emprega o conceito de empresa, quando for sinônimo de empreendimento³.

¹ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1.

² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, volume 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 26. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33.

E neste contexto, o ordenamento jurídico brasileiro não define, propriamente, o que seja empresa⁴, mas no Código Civil, no Capítulo de Direito de Empresa, Artigo 966 estabelece que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Que a partir dessa definição, cabe elucidar os conceitos intrínsecos, ou seja, que a empresa tenha uma estrutura organizada, com capital inicialmente investido, atos coordenados⁵ para a realização de uma atividade fim e com profissionalidade⁶. Com finalidade lucrativa para a remuneração do capital investido e que seja reconhecida como uma entidade social⁷. E toda essa estrutura representada por um patrimônio especificado, escriturado em contabilidade própria⁸.

Entretanto, não é considerado empresário quem explora atividade de produção sem alguns dos fatores de produção, como capital, mão de obra, insumos e tecnologia⁹. O destino da produção e circulação de bens e serviços será o mercado, destinados à satisfação de necessidades por ele advindas, incorrendo no risco de desconfigurar o conceito de empresa, pois, tais bens “não podem ser objeto de detenção, mas de fruição”¹⁰.

Assim, a empresa como sendo uma atividade, necessita de um sujeito que a exerça, que é o titular dessa atividade, chamado de empresário¹¹. Sendo empresário o sujeito que atua de modo individual e habilita-se para o exercício de uma empresa, é identificado como empresário individual; e a “sociedade empresária é a pessoa jurídica que foi constituída para o exercício da empresa”¹².

2.2 Da aquisição da Personalidade Jurídica

Estão enunciadas no Artigo 44 do Código Civil/2002, as possibilidades de constituição de pessoas jurídicas de direito privado, tais como as “sociedades” no Inciso II e “as empresas individuais de responsabilidade limitada” no Inciso IV que merecem maior atenção em virtude do estudo proposto. A compreensão do conceito de “sociedade” baseia-se no princípio da livre iniciativa, respeitando o que o é defeso ou não em lei, firmando contratos

⁴MAMEDE, op. cit., p. 4.

⁵Segundo TOMAZETTE, op. cit., p. 39, atos isolados não configuram empresa.

⁶TOMAZETTE, op. cit., p. 39.

⁷MAMEDE, op. cit., p. 4-5.

⁸Ibidem, p. 4.

⁹COELHO, 2014, op. cit., p. 34.

¹⁰Ibidem, p. 41.

¹¹TOMAZETTE, op. cit., p. 43.

¹²MAMEDE, op. cit. p. 5.

através de “ações econômicas e jurídicas”¹³. Um dos tipos de contrato é o “contrato de sociedade”, disposto nos Artigos 981 a 985 do Código Civil/2002, na qual o Artigo 981 *Caput* define: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. De acordo com essa definição, as pessoas que, ajustam entre si, a constituição de uma sociedade podem ser naturais ou jurídicas, coobrigadas entre si e com um fimeconômico¹⁴, buscando lucros a fim de partilhar, motivo este que uniu seus participantes¹⁵, fundamentado pelo *affectiosocietatis*¹⁶.

Todavia, a contratação da sociedade precede do registro, por isso os contratos de sociedade podem não ter personalidade jurídica, mas, a sociedade já existe desde o ajustamento das partes¹⁷. E nesse sentido o Código Civil destaca no Capítulo das Sociedades Não Personificadas, nos Artigos 986 a 996 a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação¹⁸. No entanto, nessas modalidades, os sócios tem responsabilidade ilimitada, sem motivos para maiores análises neste estudo, justamente pela inaplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, assunto que será desenvolvido mais adiante.

Sobre as “empresas individuais de responsabilidade limitada”, chamadas de “EIRELI”, foram criadas pela Lei 12.411/2011, e incluída no Código Civil de 2002 o Artigo 980-A, com o diferencial da exigência de um capital mínimo, em dinheiro, de 100 (cem) salários mínimos vigentes, integralizados no ato do registro. Tem o propósito de limitar a responsabilidade, pela separação do patrimônio da empresa, do patrimônio do titular. E assim, permitindo que uma pessoa física exerça atividade empresária, de forma individual, limitando assim os riscos de prejuízos patrimoniais, a fim de não comprometer todo seu patrimônio¹⁹.

Sendo assim, para o exercício da empresa é o obrigatório o registro do empresário ou da sociedade empresária na Junta Comercial²⁰, conforme Artigo 45 e 985 do Código Civil/2002, pois a finalidade do registro é conceder a garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas²¹.

¹³ MAMEDE, op. cit., p. 27.

¹⁴ Ibidem, p. 30.

¹⁵ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil**. 12ª edição revista e atualizada de acordo com as Leis n.ºs 12.441/2011, 12.399/2011 e 12.375/2010. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 36.

¹⁶ Ibidem, p. 39.

¹⁷ MAMEDE, op. cit., p. 31.

¹⁸ Idem.

¹⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 60.

²⁰ MAMEDE, op. cit., p. 8.

²¹ Ibidem, p. 9.

Após o registro do ato constitutivo, a pessoa jurídica de direito privado, passa a ter existência e personalidade, passa a ser sujeito de direitos e obrigações e a possuir um patrimônio próprio, independente do patrimônio dos seus sócios²². A partir do registro, as atividades da empresa não se confundem mais com o sujeito de direito que explora essa atividade²³.

A finalidade da concepção da personalidade jurídica é tornar viável a prática empresarial, com estabilidade, pois a personificação da sociedade gera autonomia patrimonial entre o sócio e a sociedade, através do princípio da autonomia patrimonial “de que a pessoa jurídica possui uma separação inquestionável quanto aos seus sócios”²⁴. Sendo que, pela limitação de responsabilidade pessoal dos sócios quanto às obrigações da sociedade, reduz os riscos do investimento, em razão do caráter autônomo que a pessoa jurídica possui em relação aos seus sócios²⁵. Em resumo, tanto a personificação, quanto a limitação de responsabilidade visam constituir um obstáculo à responsabilização pessoal dos sócios por obrigações da empresa.

2.3 Limitação de Responsabilidade dos sócios

Quando da constituição da empresa, os sócios escolhem o tipo societário que mais se adéqua à atividade que será desempenhada, bem como da limitação da responsabilidade pessoal. Há circunstâncias em que o sócio pode responder pessoalmente pelas obrigações da sociedade, como por exemplo, no caso de desconsideração da personalidade jurídica, ou de acordo com a opção do tipo societário ou quando o sócio assume a responsabilidade solidária em virtude das obrigações adquiridas pela empresa²⁶.

Quanto ao tipo societário, “nas sociedades limitadas às responsabilidades dos sócios é limitada ao valor de emissão ou subscrição de suas ações ou cotas”²⁷. Essas sociedades são a sociedade anônima, empresa individual de responsabilidade limitada²⁸, e a sociedade limitada, regidas pelas Leis 6404/76, Artigo 980-A Código Civil/2002 e Artigo 1052 a 1087 do Código Civil/2002 respectivamente.

²² DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e o reflexo da pessoa física e jurídica**. 1. ed.. São Paulo: Baraúna, 2016, p. 115.

²³ COELHO, 2014, op. cit. p. 33.

²⁴ DOBARRO, op. cit., p. 122.

²⁵ Ibidem, p. 123.

²⁶ Ibidem, p. 132.

²⁷ Ibidem, p. 133.

²⁸ Idem.

As sociedades limitadas são comumente, as mais utilizadas na economia brasileira, justamente pela limitação de responsabilidade e pela facilidade de contratualidade entre os sócios²⁹. Nestas sociedades a responsabilidade dos sócios é o total do capital social subscrito e integralizado, sendo que o capital subscrito corresponde ao montante de recursos que os sócios se comprometeram a entregar para a formação da sociedade, já o capital integralizado é a parte que os sócios já entregaram³⁰. Com essa limitação de responsabilidade, em regra, se os bens do patrimônio da sociedade não forem suficientes para arcar com as dívidas contraídas pela pessoa jurídica, os credores só poderão executar os bens individuais dos sócios até o limite do capital social³¹.

Todavia, através da pessoa jurídica, constituída com personalidade jurídica própria, os sócios podem explorar a atividade econômica assumindo riscos limitados³². No entanto, possibilitando também fraudes e abusos de direito³³.

2.4 Da desconsideração da Personalidade Jurídica

Com a limitação de responsabilidade dos sócios, pela autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sendo esta um ente autônomo de direitos e obrigações³⁴, propiciou a utilização da personalidade jurídica para a prática de atos ilícitos, contra a lei ou fraudatórios, lesando terceiros em benefício próprio³⁵. A prática é ainda mais contumaz nas sociedades com limitação de responsabilidade³⁶.

E para reprimir o uso indevido da pessoa jurídica para tais atos, surgiu a desconsideração da personalidade jurídica³⁷. A desconsideração é uma forma de ajustar a pessoa jurídica aos propósitos iniciais para a qual ela foi criada, pois, se desviada a função da empresa, não há mais razão também para a separação patrimonial entre sociedade e sócios³⁸. Havendo com isso, a possibilidade de subjugar a distinção entre a personalidade jurídica da sociedade, da personalidade dos sócios ou administradores³⁹. Na desconsideração da

²⁹ COELHO, 2014, op. cit. p. 184.

³⁰ *Ibidem*, p. 187.

³¹ *Idem*.

³² TOMAZETTE, op. cit., p. 238.

³³ *Ibidem*, p. 238.

³⁴ *Ibidem*, p. 237.

³⁵ MAMEDE, op. cit., p. 226.

³⁶ *Idem*.

³⁷ TOMAZETTE, op. cit., p. 239.

³⁸ *Ibidem*, p. 238.

³⁹ MAMEDE, op. cit., p. 227.

personalidade da pessoa jurídica é possível identificar o sócio e responsabilizar ilimitadamente por obrigação que era, primeiramente, da sociedade⁴⁰.

A desconsideração da pessoa jurídica não corrobora com a invalidade do ato constitutivo, mas a sua eficácia, pois a sociedade continua válida, como todos os atos praticados por ela⁴¹. Esse instituto serve para a retirada momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para estender os efeitos de suas obrigações para as pessoas titulares da empresa⁴².

Também é importante compreender a diferença entre os institutos da desconsideração e a da despersonalização da pessoa jurídica. Despersonalizar é anular, de forma definitiva, a personalidade jurídica da empresa⁴³. Ao contrário da desconsideração, na qual a pessoa jurídica ganha maior proteção, na retirada momentânea de eficácia da personalidade, na qual, a partir do caso concreto, expõe as pessoas que se escondem atrás da pessoa jurídica, suspendendo os efeitos da separação patrimonial⁴⁴. Cabe reiterar que a técnica da desconsideração, é uma “suspensão episódica e temporária”, aplicada em casos concretos específicos⁴⁵.

Se a criação da pessoa jurídica é atributo do Estado, para que, em conformidade com a lei e de acordo com os princípios do direito, atinja fins lícitos⁴⁶; é dever do Estado também, controlar o privilégio concedido com o intuito de incentivar o exercício da atividade econômica⁴⁷, atendendo ao princípio constitucional da função social da empresa⁴⁸. E quando não utilizado corretamente, é imputado ao Estado, através do ordenamento jurídico, aplicar o instituto da desconsideração⁴⁹.

Nesta seara, para a aplicação da desconsideração, o procedimento pode ser instaurado, através do devido processo legal, quando evidenciar abuso da personalidade jurídica, desvio da finalidade e confusão patrimonial, conforme Artigo 50 Código Civil/2002, podendo ser à pedido da parte lesada ou do Ministério Público, quando for conveniente

⁴⁰ COELHO, 2014, op. cit. p. 156.

⁴¹ Ibidem, p. 157.

⁴² TOMAZETTE, op. cit., p. 241.

⁴³ Ibidem, p. 243.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem, p. 244.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Ibidem, p. 265.

⁴⁸ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Art. 170, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁴⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 244.

intervir no processo⁵⁰. Em caso de decisão judicial a respeito de um ato objeto de fraude, a separação patrimonial em relação aos sócios é que não terá efeitos, pois o objetivo da desconsideração não é a dissolução da sociedade, mas a preservação da empresa, protegendo os demais interesses inerentes a ela⁵¹.

2.5 Teorias da desconsideração: Teoria maior (subjéitiva e objetiva) e teoria menor

Para a aplicação da teoria maior da desconsideração, é essencial que seja comprovado o abuso da personalidade jurídica⁵², ou seja, não basta o descumprimento de uma obrigação pela pessoa jurídica, é preciso que essa inadimplência decorra da deturpação da função⁵³ a qual a pessoa jurídica foi designada. Sendo imprescindível a configuração de uma causa para ser decretada a desconsideração⁵⁴. A caracterização do abuso pode ser pela comprovação da confusão patrimonial ou pelo desvio da finalidade⁵⁵.

Segundo Tomazette, a aplicação da teoria da desconsideração deve ser aplicada com cautela, pois a regra é a autonomia patrimonial, e esta deve ser aplicada em situações excepcionais, que representem os requisitos para a aplicação da referida teoria⁵⁶. De modo que a aplicação difusa poderia extinguir o instituto da pessoa jurídica⁵⁷.

Neste sentido, tanto Tomazette⁵⁸, como Campinho⁵⁹, citam em suas obras a decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 3ª Câmara, que em votação unânime no julgamento de apelação nº 507.880-6 em 15.09.1992, Relator Juiz Ferraz Nogueira, decidiu:

Percalços econômico-financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se consubstanciam por si sós, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica.

A teoria maior ainda se desmembra em teoria maior subjéitiva e objetiva de acordo com correntes doutrinárias, na qual a teoria subjéitiva, o pressuposto basilar é o desvio da

⁵⁰ MAMEDE, op. cit., p. 234.

⁵¹ COELHO, 2014, op. cit. p. 157.

⁵² DOBARRO, op. cit., p. 134.

⁵³ TOMAZETTE, op. cit., p. 246.

⁵⁴ DOBARRO, op. cit., p. 134.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ TOMAZETTE, op. cit., p. 246.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ CAMPINHO, op. cit., p. 77.

função da pessoa jurídica, comprovado pela fraude e abuso de direito atinente à autonomia patrimonial⁶⁰. Pois a autonomia da pessoa jurídica somente perdura quando ela não se confunde com a dos sócios, e quando esta não for utilizada para fins que não mereçam a proteção do ordenamento jurídico⁶¹. A teoria subjetiva alcança a prova do dano que foi praticado à terceiro, de forma intencional e que violando a lei, fraudando credores⁶². A questão subjetiva reside na intenção de quem pratica o ato danoso, depende da consciência de violar a lei⁶³. É a ocorrência de fraude cometida com o uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica⁶⁴.

No entanto, para a definição da concepção da teoria maior objetiva, cabe mencionar, que tanto Tomazette⁶⁵, como Coelho⁶⁶, referem o conceito de Fábio Konder Comparato, em sua obra: “O poder de controle na sociedade anônima”, na qual os pressupostos da desconsideração da autonomia da sociedade são objetivos, como a confusão patrimonial e o desvio do objeto social.

É evidente que a confusão patrimonial ocorre quando não existe a separação clara entre o patrimônio da pessoa jurídica e a dos seus sócios⁶⁷. Segundo Dobarro, para configurar a teoria maior objetiva, basta provar que intenção do agente baseia-se na má utilização da pessoa jurídica, residindo no desvio da função pela confusão patrimonial⁶⁸. Todavia, Tomazette entende que a “fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial são os fundamentos básicos para a aplicação da desconsideração”⁶⁹. O Artigo 50 do Código Civil/2002 adota a teoria maior objetiva para aplicação da desconsideração.

Em suma, na teoria maior subjetiva, o requisito fundamental para aplicação é a prova concreta do desvio da finalidade⁷⁰, ou seja, a intenção dos sócios de fraudar credor com escudo da pessoa jurídica. E a configuração da fraude e abuso de direito, “a fim de desconsiderar o fenômeno da personificação”⁷¹, atingindo assim o patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.

⁶⁰ TOMAZETTE, op. cit., p. 247.

⁶¹ Idem.

⁶² DOBARRO, op. cit., p. 135.

⁶³ Idem.

⁶⁴ COELHO 2014, op. cit., 157.

⁶⁵ TOMAZETTE, op. cit., p. 247.

⁶⁶ COELHO 2014, op. cit., p. 158.

⁶⁷ TOMAZETTE, op. cit., p. 247.

⁶⁸ DOBARRO, op. cit., p. 135.

⁶⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 247.

⁷⁰ Ibidem, p. 248.

⁷¹ TOMAZETTE, op. cit., p. 249.

Em contrapartida, para a aplicação da teoria menor, o simples inadimplemento basta para a aplicação da desconsideração, visto que, se a empresa for insolvente, não tiver patrimônio suficiente para honrar com suas obrigações e os sócios puderem cumprir com essas estas, aplica-se a desconsideração da pessoa jurídica.⁷² A teoria menor anula os princípios da autonomia e separação patrimonial da pessoa jurídica pelo descumprimento de um pagamento ou ressarcimento, que prejudicou um credor⁷³.

Essa teoria vem sendo empregada de modo extremado nas relações jurídicas entre desiguais, como nas trabalhistas e consumeristas, uma vez que o risco e responsabilidade do negócio são transferidos aos sócios e administradores, independentemente se estes tiveram intenção fraudulenta⁷⁴.

A teoria menor da desconsideração está prevista no Artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor e Artigo 4º da Lei n. 9605/98 de crimes ambientais.⁷⁵ A teoria em questão não exige que seja comprovada a fraude ou o abuso de direito, nem mesmo a confusão patrimonial, somente exige que o consumidor, nas relações consumeristas, por exemplo, demonstre a insolvência do fornecedor⁷⁶.

3 DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 Código de defesa do consumidor

Como forma de regular as relações de consumo, entra em vigor em 1991, o Código de Defesa do Consumidor, uma lei com o intuito de pacificar as relações de abuso praticadas entre fornecedor e consumidor⁷⁷. Pois ainda vigorava o Código Civil de 1916, num regime privatista, ineficaz para conduzir as relações de massa⁷⁸. O Código de Defesa do Consumidor veio para privilegiar as relações que abrangem o coletivo e o difuso, rompendo claramente com o direito privado, quando as relações jurídicas são impostas unilateralmente pelo

⁷² Ibidem, p. 248.

⁷³ DOBARRO, op. cit., p. 126.

⁷⁴ TOMAZETTE, op. cit., p. 248.

⁷⁵ DOBARRO, op. cit., p. 136.

⁷⁶ DIZER O DIREITO. **O encerramento irregular da empresa é causa, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica?** De 11.02.2015. Disponível em:

<https://www.dizerodireito.com.br/2015/02/o-encerramento-irregular-da-empresa-e.html>

⁷⁷ NUNES, LuisAntonioRizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114.

⁷⁸ DOBARRO, op. cit., p. 69.

fornecedor⁷⁹. Como bem explana Nunes, o Código de Defesa do Consumidor “é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica”, que prevalece sobre as demais, exceto quando houver lacuna na lei consumerista⁸⁰.

O caráter principiológico atribuído à Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como meio de atingir qualquer relação que possa ser caracterizada como consumerista, é uma forma de concretizar, numa norma infraconstitucional, os princípios e garantias constitucionais como cláusulas pétreas⁸¹. Proveniente do superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos Princípios Fundamentais da República, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” conforme Artigo 5º XXXII Constituição Federal/1988⁸². A Constituição descreve inúmeros princípios que norteiam as relações de consumo, como o princípio da igualdade, de garantias individuais, sendo que a “defesa do consumidor é princípio fundamental da ordem econômica”, previstos nos Artigos 1º e 4º *Caput* da Lei 8.078/90⁸³.

3.2 Princípios da vulnerabilidade do consumidor e hipossuficiência

Na mesma diretriz, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, há uma conformidade sobre a vulnerabilidade do consumidor, como lado mais frágil da relação de consumo, equiparando o consumidor e fornecedor, afastando a insegurança nas relações consumeristas⁸⁴. Assim sendo, o princípio da vulnerabilidade resta fundamental para intimidar o enriquecimento sem causa, para que seja respeitado o objetivo social da empresa e sua personalidade jurídica utilizada com desígnios legítimos, coibindo abusos contra consumidores⁸⁵.

Neste contexto, o Artigo 2º, o Código de Defesa do Consumidor conceitua consumidor como “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁸⁶. E o bem adquirido pelo consumidor seja um bem de consumo e não bem de capital, e que haja relação de desigualdade entre consumidor e fornecedor⁸⁷. Da

⁷⁹ NUNES, op. cit., p. 114.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 115.

⁸¹ *Ibidem*, p. 111.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 112.

⁸⁴ DOBARRO, op. cit., p. 69.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁸⁶ BRASIL, Lei 8.078/90 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

⁸⁷ DOBARRO, op. cit., p. 54.

mesma forma indica quem é o fornecedor, em seu Artigo 3º “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica [...] que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, [...] exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. O caráter do fornecedor concerne com o mínimo de habitualidade e profissionalismo, bem como a aspiração de lucro⁸⁸. Fornecedor é o ente que trabalha com o intuito de prover as necessidades do consumidor final⁸⁹.

A partir de tais definições, a Lei 8.078/90, em seu Artigo 4º, I, dispõe que o consumidor é vulnerável, a partir do reconhecimento do princípio da isonomia ou da igualdade, que é “dar tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades”⁹⁰. É uma fórmula abstrata, mas adequada, de difícil aplicabilidade, e que depende muito do interprete e do aplicador do direito⁹¹.

Então, a garantia constitucional da isonomia, exprime que o consumidor é sim a parte mais desfavorecida da relação de consumo⁹². Pois é o fornecedor que detém a informação sobre a produção, distribuição de produtos e prestação de serviços, seus aspectos técnicos e administrativos, de modo que o consumidor fica sujeito ao que o fornecedor já ofertou⁹³. Ademais, é o fornecedor quem decide de modo unilateral, o que será ofertado ao mercado, visando interesses pessoais e lucro, restando ao consumidor escolher dentre o que já existe⁹⁴. Outro aspecto relevante desse princípio é quanto à capacidade econômica do fornecedor, que em geral, é superior a do consumidor⁹⁵.

Não obstante, o princípio da hipossuficiência, adotado a partir da concepção processual, está relacionado à deficiência de recursos, a pessoa hipossuficiente é economicamente desprovida, sendo que a escassez de recursos torna o consumidor ainda mais vulnerável⁹⁶. A hipossuficiência atinge não somente a deficiência econômica, mas também a intelectual e cultural⁹⁷. O consumidor é hipossuficiente também porque não tem acesso a informações sobre os produtos e serviços que compra⁹⁸.

⁸⁸ Ibidem, p. 58.

⁸⁹ Ibidem, p. 59.

⁹⁰ NUNES, op. cit., p. 172.

⁹¹ Idem.

⁹² Ibidem, p. 174.

⁹³ Ibidem, p. 175.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ DOBARRO, op. cit., p. 86.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ NUNES, op. cit., p. 665.

Em síntese, a vulnerabilidade atinge todos os consumidores, ao passo que a hipossuficiência se restringe a determinada parcela da população, a partir da análise fática, fundamentada nas condições pessoais de cada consumidor⁹⁹.

3.2 Interpretações acerca do Art. 28, *Caput* e § 5º do Código de Defesa do Consumidor

A Lei 8.078/90 prevê a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seu Artigo 28, para as pessoas jurídicas fornecedoras. O dispositivo legal não é extensivo, não cabendo interpretação analógica, pois afasta infrações ambientais e econômicas¹⁰⁰. Conforme dispositivo do *Caput, in verbis*¹⁰¹

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 provocada por má administração.

De acordo com a redação do dispositivo, na interpretação do “houver abuso de direito”, é quando não ocorre o exercício regular do direito¹⁰², ou seja, quando ultrapassa, com clareza os limites definidos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes¹⁰³. Pois a personalidade jurídica tem uma finalidade social, e atos provocados em discordância desse objetivo, serão considerados atos abusivos¹⁰⁴, sendo capaz de provocar danos a outrem¹⁰⁵. No abuso do direito, há um uso desproporcional de um direito, mesmo que a pessoa que pratique não tenha intenção de prejudicar terceiros¹⁰⁶. Nesta seara, o direito tem uma função ativa, na qual o Estado, de forma objetiva, possui poder de intervenção como regulador da conduta humana¹⁰⁷. Havendo necessidade de equilibrar os interesses do titular do direito, em virtude dos interesses dos demais¹⁰⁸. E como regulador, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto com efeito de repressão¹⁰⁹. Campinho menciona a

⁹⁹ DOBARRO, op. cit., p. 87.

¹⁰⁰ MAMEDE, op. cit., p. 257.

¹⁰¹ BRASIL, Lei 8.078/90 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

¹⁰² TOMAZETTE, op. cit., p. 258.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 258.

¹⁰⁵ NUNES, op. cit., p. 775.

¹⁰⁶ DOBARRO, op. cit., p. 143.

¹⁰⁷ FILHO, 1987 apud DOBARRO, op.cit. p. 142.

¹⁰⁸ MAMEDE, op. cit., p. 228.

¹⁰⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 258.

interpretação de Fábio Ulhoa Coelho, quanto à omissão do elemento fraude no dispositivo consumerista, pelo legislador, pois, segundo ele, considera a “fraude o principal fundamento para a desconsideração”, trazendo um contrassenso entre a lei e a doutrina¹¹⁰.

Posteriormente, a expressão “excesso de poder”, é quando os atos praticados por administradores ou sócios, extrapolam os poderes para atuar em nome da sociedade¹¹¹. Corroborando com a redação do preceito legal: “a violação dos estatutos ou contrato social”, visto que os poderes administrativos são previstos em lei, são definidos no contrato social ou estatuto¹¹². Sendo que a responsabilização dos sócios e administradores é perfeitamente aplicável nesses casos, não necessitando a superação da personalidade jurídica¹¹³. Ademais, quanto à expressão “infração da lei, fato ou ato ilícito”, é apropriado de uma interpretação restritiva, no que tange a relação de fornecimento, que lesa o consumidor¹¹⁴. Quando a pessoa jurídica praticou atos contrários à lei, que impeçam o consumidor de ser reparado em seus direitos¹¹⁵. Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor acolhe a desconsideração da personalidade jurídica sempre que o ato que provocou o dano ao consumidor for *ultra vires*¹¹⁶, sendo considerado o ato eficiente ou não pela assembleia, “é possível impetrar o patrimônio pessoal do agente culpado pelo dano, solidariamente com a sociedade”¹¹⁷. Pois os atos lícitos ou não, são valorados pela conduta humana¹¹⁸. Mais apropriado seria uma interpretação lógica sobre o nexo de causalidade entre a conduta do sócio ou o administrador e o dano provocado¹¹⁹.

Outra questão a ser observada é sobre a “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração”. Segundo Rizzato Nunes, o intuito da lei ao mencionar “má administração”, é permitir a desconsideração, quando o consumidor for violado por “simples responsabilidade objetiva dos atos praticados pelo fornecedor”¹²⁰. Dessa forma, “sempre que o consumidor não possa ser indenizado pela sociedade fornecedora, desconsidera-se a personalidade jurídica desta

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 apud CAMPINHO, op. cit., p. 76.

¹¹¹ MAMEDE, op. cit., p. 228.

¹¹² TOMAZETTE, op. cit., p. 258.

¹¹³ CAMPINHO, op. cit., p. 76.

¹¹⁴ MAMEDE, op. cit., p. 228.

¹¹⁵ NUNES, op. cit., p. 775.

¹¹⁶ Segundo MAMEDE, op. cit., p. 67 “ato *ultra vires*: ato que o administrador pratique excedendo os poderes que lhe foram concedidos pelo ato constitutivo da sociedade”.

¹¹⁷ DOBARRO, op. cit., p. 147-148.

¹¹⁸ Ibidem, p. 148.

¹¹⁹ TOMAZETTE, op. cit., p. 263.

¹²⁰ NUNES, op. cit., p. 776.

para responsabilizar diretamente seus sócios e administradores”¹²¹, não carecendo de prova quanto à responsabilidade. Ao passo que Campinho, imputa ao conceito de má administração, aquela que pressupõe uma conduta nefasta, pautada pela fraude, pela dilapidação do patrimônio, direcionando a sociedade à uma condição de insolvência¹²². Não podendo aplicar a desconsideração por mera incompetência administrativa, no viés de que o administrador de boa-fé, de caráter honesto, mas desafortunado nas escolhas administrativas seja responsabilizado de acordo com a norma dispositiva¹²³. Mesmo porque, o doutrinador mencionado enfatiza que o instituto da recuperação judicial ou extrajudicial é concedido ao empresário imbuído de boa-fé e honestidade, mas, no entanto, incompetente para a administração¹²⁴. Tomazette faz um contra ponto, dizendo que a comprovação da má administração é difícil, pois uma “atitude arriscada” pode resultar em prejuízos, ao passo que, a mesma atitude, resultando em lucros, será considerada “arrojada e genial”¹²⁵.

O preceito legal visa garantir que o consumidor seja ressarcido quando lesado, responsabilizando o fornecedor por “ação ou por omissão, pela desídia ou inabilidade que determinou a lesão”¹²⁶. É uma interpretação a partir do preceito que o fornecedor tem o dever ou deveria ter, de revelar uma profissionalidade ao que oferta ao mercado¹²⁷. É conveniente mencionar que a realidade brasileira, nas empresas de pequeno porte, na sua grande maioria, os sócios administram de forma empírica, não possuindo um administrador com formação acadêmica. Eles detêm conhecimento técnico para atuação no objeto social, mas carecem de conhecimento técnico administrativo.

Sobre a interpretação da expressão “encerramento ou inatividade da pessoa jurídica” contida no dispositivo, uma das interpretações é quando o empresário inativa a empresa, na qual os sócios mantêm a sociedade registrada, mas, no entanto, paralisam a atividade, por falta de recursos ou investimento, buscando fugir dos credores¹²⁸. Ou quando a inatividade implicar o encerramento da pessoa jurídica por decretação de falência, ou extinção propriamente dita a partir da dissolução irregular¹²⁹. Nessa corrente, a Súmula 435 STJ esclarece: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu

¹²¹ MAMEDE, op. cit., p. 229.

¹²² CAMPINHO, op. cit., p. 77.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ TOMAZETTE, op. cit., p. 259.

¹²⁶ MAMEDE, op. cit., p. 228.

¹²⁷ Ibidem, p. 229.

¹²⁸ CAMPINHO, op. cit., p. 78.

¹²⁹ Idem.

domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"¹³⁰.

Para concluir os comentários acerca do Artigo 28, compreende analisar o § 5º *in verbis*: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”¹³¹. A redação dispositiva compreende que se a personalidade jurídica for um impedimento ao exercício do direito do consumidor, é aplicada a desconsideração da personalidade jurídica pela Teoria Menor¹³². Visto que, na Teoria Maior a desconsideração necessita da prova da ilegalidade ou abuso do direito¹³³, e nessa linha, não permitindo ao juiz que desconsidere a personalidade jurídica de ofício¹³⁴. Nas relações de consumo, a imposição da Teoria Menor para aplicação da desconsideração, independe de qualquer comprovação formal, em que a autonomia patrimonial seja um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados¹³⁵.

Outro viés do parágrafo em análise é quanto à interpretação das sanções impostas por esse dispositivo legal. Sanções de cunho não pecuniário, impostas ao empresário, por “descumprimento de norma protetiva dos consumidores”¹³⁶. Ressalta-se que é uma sanção de caráter administrativo, advinda do prejuízo econômico sofrido pelo consumidor¹³⁷. Tais sanções estão dispostas no Artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, o preceito legal dispensa a prova da intenção do agente pelo uso indevido da pessoa jurídica, culminando em obrigações aos sócios e administradores, atingindo seus patrimônios¹³⁸.

3.3 Quem são os responsabilizados na desconsideração

¹³⁰ BRASIL, STJ, disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27435%27%29.sub>.

¹³¹ BRASIL, Lei 8.078/90, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

¹³² DOBARRO, op. cit., p. 170.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Ibidem, p. 171.

¹³⁵ DOBARRO, op. cit., p. 172.

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002 apud CAMPINHO, op. cit., p. 79.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ DOBARRO, op. cit., p. 153.

Como já visto, a desconsideração não corrobora com o fim da sociedade, nem que todos os sócios responderão pelas dívidas da sociedade, mesmo porque a decisão proferida no sentido de desconsiderar a sociedade deverá mencionar qual obrigação será favorecida pelo instituto, precisando os créditos que não foram satisfeitos¹³⁹. Nesse sentido, a decisão judicial apontará também, “em função de razões de fato e de direito”, os sócios responsáveis ativa ou de modo omissivo pelo uso indevido da personalidade jurídica da sociedade¹⁴⁰. Somente estes sócios serão atingidos pela desconsideração conforme Artigo 50 do Código Civil/2002 *in verbis*:

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

Sendo assim, a desconsideração pode atingir todos os sócios, mesmo os minoritários, pois, de qualquer modo, pode ter se beneficiado de um ato ilícito com autoria de um sócio majoritário¹⁴¹. No entanto, Tomazette, alude o julgado do Recurso Especial¹⁴², da qual ele não concorda, onde o Código de Defesa do Consumidor, por aplicar a teoria menor, a responsabilidade recaia somente sobre o sócio controlador, “numa aplicação analógica do risco proveito”, sendo que o maior proveito é do sócio controlador, bem como o risco; não cabendo aos sócios minoritários tal responsabilização, pois como estes não tem poderes de gestão, possam não ter participação ou benefício do ato ilícito¹⁴³. Há situações em que a desconsideração responsabiliza somente os administradores, sócios ou não, responsáveis pelo ato lesivo¹⁴⁴. Empresas coligadas ou com pequena participação societária, empresas com a alcunha de “empresa de fachada” ou pessoas “laranjas” também são alcançadas¹⁴⁵. Nesse sentido, as empresas que integram grupos econômicos são subsidiariamente responsáveis por obrigações de qualquer uma delas, sendo que o consumidor ou credor pode executar judicialmente qualquer empresa de igual controle ou a controladora¹⁴⁶. Para as empresas que

¹³⁹ MAMEDE, op. cit., p. 233.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ TOMAZETTE, op. cit., p. 277.

¹⁴² Idem. STJ – Resp 1325663/SP Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 21/08/2008, Dje 26/11/2008; TJMG – 3ª Turma Cível – Apelação Cível nº 348.653-1 – Relator Desembargador Edílson Fernandes – DJ de 25/05/2002.

¹⁴³ Ibidem, op. cit., p. 277.

¹⁴⁴ MAMEDE, op. cit., p. 233.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 234.

¹⁴⁶ Idem.

se reúnem para realizar um mesmo empreendimento, ditas consorciadas, a responsabilidade é solidária, assim o consumidor pode escolher qualquer uma ou todas, ou a que participou de sua relação¹⁴⁷. De acordo com o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu Artigo 27, prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados, a partir do conhecimento do dano e sua autoria¹⁴⁸.

Outro ponto relevante, sendo que o propósito da desconsideração é invalidar ato fraudulento ou abusivo, nas relações consumeristas, quando houver responsabilização por estes atos, sobrevém à inversão do ônus da prova, em virtude dos princípios da hipossuficiência e da vulnerabilidade do consumidor, resultando na responsabilização objetiva do fornecedor¹⁴⁹.

Ademais, uma vez decretada a desconsideração, não há que se falar em cotas de responsabilidade de acordo com o contrato social ou estatuto, pois cada sócio, responsabilizado, arcará com a dívida pela sua totalidade¹⁵⁰. Desse modo, Tomazette, menciona julgado do relator Ministro Massani Uyeda, Terceira Turma do STJ, REsp 1169.175/DF de 17/2/2011¹⁵¹:

A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil, e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo.

Em suma a desconsideração não objetiva a revogação do princípio da autonomia patrimonial entre sócio e sociedade, tampouco a limitação de responsabilidade em relação ao capital integralizado, de acordo com as sociedades que acolhem tal limitação; mas sim a preservação e aprimoramento da sociedade, para que esta reconduza seus atos de acordo com o objeto social¹⁵².

4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO FORMA DE INIBIR A APLICABILIDADE DA TEORIA MENOR NO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ BRASIL, Lei 8.078/90, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm.

¹⁴⁹ DOBARRO, op. cit., p. 164-165.

¹⁵⁰ TOMAZETTE, op. cit., p. 278.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² MAMEDE, op. cit., p. 233.

Como estudado em tópicos anteriores, o Código de Defesa do Consumidor aplica a Teoria Menor da Desconsideração da Pessoa Jurídica sempre que houver um mero inadimplemento, em virtude do estado de insolvência ou falência da sociedade, quando este for obstáculo à indenização do consumidor¹⁵³, responsabilizando os sócios quando estes forem solventes¹⁵⁴. Fica claro que a aplicação do instituto no Código de Defesa do Consumidor não procura distinguir se a sociedade foi utilizada para fins fraudulentos, que culminou em tal obrigação¹⁵⁵. E destarte Fábio Ulhoa Coelho, considera distorcida tal aplicabilidade da teoria menor, que muitas vezes, aplicada de forma incorreta pelos juízes e tribunais, culmina na eliminação do princípio da autonomia patrimonial¹⁵⁶. E nesse sentido o doutrinador faz um paradoxo, que ao aplicar a desconsideração de forma correta o instituto funciona como um aprimoramento da pessoa jurídica, ao passo que a aplicação incorreta “deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico”¹⁵⁷.

Em consequência, comporta a análise da discricionariedade do judiciário, tendo em vista o poder ou não de desconsiderar a pessoa jurídica, conforme descrito no Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. A própria norma supracitada, concede uma alternativa outorgada pela legislação, facultando ao juiz a aplicação da desconsideração, com base no seu critério¹⁵⁸, bem como conveniência ou oportunidade de decisão¹⁵⁹, pela mais perfeita resolução¹⁶⁰ do conflito. Não obstante, sendo o julgador um agente público que tem a função jurisdicional, atua com base no “princípio de que a finalidade da lei é parte integrante da norma, assim como seus elementos formais e materiais”, e que, ao agente público resta obrigado a atuar conforme a lei e sua finalidade¹⁶¹. E mesmo que o poder discricionário implique uma apreciação subjetiva pelo magistrado, com uma liberdade limitada pela norma, em relação ao caso fático¹⁶², que ao julgar, o juiz deverá sempre observar a finalidade da lei. Ora, se a norma tem o intuito de conferir ao consumidor uma oportunidade de compensação pelos prejuízos obtidos, alcançando o patrimônio dos sócios, e se o dispositivo funciona com

¹⁵³ DOBARRO, op. cit., p. 152.

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

¹⁵⁵ COELHO, 2013, op. cit. p. 69.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ DOBARRO, op. cit., p. 139.

¹⁵⁹ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2004, p. 250.

¹⁶⁰ DOBARRO, op. cit., p. 139.

¹⁶¹ FREITAS, op. cit., p. 250.

¹⁶² Idem.

uma determinação a ser cumprida, resta ao juiz o dever jurídico de escolher qual a forma mais adequada para atingir a objetivo da lei¹⁶³. Segundo Freitas, o juiz tem o dever de aplicar a desconsideração, preconizando a equidade, os princípios gerais do direito, de acordo com os limites do próprio dispositivo analisado, tendo em vista que seu dever envolve larga responsabilidade para com a sociedade¹⁶⁴.

Neste viés, tendo a lei do consumidor o objetivo de garantir a reparação do prejuízo, pela aplicabilidade da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, por outro lado, temos o instituto da pessoa jurídica sendo desprezado, e com ele a sua autonomia patrimonial. A teoria veio como orientação aos julgadores para que “pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados através da autonomia patrimonial”¹⁶⁵, pois a preocupação dos doutrinadores é a garantia do princípio da autonomia, na qual considera a importância das regras que limitam a responsabilidade dos sócios por prejuízos da empresa, ao montante investido¹⁶⁶ no negócio. A doutrina de Coelho (2013) demonstra que a autonomia patrimonial é uma motivação para a limitação das perdas, e que estas não devem sobrepor ao valor já aportado na empresa, e que se porventura, houver excedentes de prejuízo, estes serão suportados pelos credores¹⁶⁷. Numa sociedade capitalista, isso faz parte da atividade econômica de risco, na qual a limitação das perdas funciona como um fomento para a atividade econômica¹⁶⁸. Nas definições do mesmo autor (2012) o princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária “é uma técnica de segregação de risco”, pois visa impossibilitar a cobrança do sócio de uma obrigação que é da sociedade; não devendo, o princípio, ser relativizado pelo direito brasileiro nas relações sob a égide do direito comercial¹⁶⁹. E por consequência, na economia globalizada, essa técnica opera como um instrumento de atração de investimentos¹⁷⁰. Além disso, a restrição do risco intrínseco em qualquer atividade econômica com limitação de responsabilidade converte em maior competitividade, pois quanto maior a deferência ao princípio limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, menores serão os preços ofertados no mercado

¹⁶³ DOBARRO, op. cit., p. 141.

¹⁶⁴ FREITAS, op. cit., p. 250.

¹⁶⁵ COELHO, 2013, op. cit., p. 60.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 61.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial – com anotações ao Projeto do Código Comercial**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva 2012. p. 41.

¹⁷⁰ COELHO, 2012, op. cit., p. 42.

brasileiro¹⁷¹. Beneficiando, além do empresário, toda a coletividade pela proteção jurídica proveniente desse princípio¹⁷².

Nessa acepção, o custo da atividade econômica é impactado, quando o direito não garante aos empreendedores a limitação do risco, com a possibilidade de perda total, o cálculo do preço pago pelos consumidores estará imbuído, quantitativamente, dessa incerteza¹⁷³. Logo, enfática é a importância da personalização da pessoa jurídica no que tange a limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios, pois “se a autonomia patrimonial não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou acionista”, não haveria de se falar em desconsideração¹⁷⁴. E é justamente nesse aspecto, pelo pressuposto da licitude¹⁷⁵, que a teoria da desconsideração é aplicada de forma incorreta pelo judiciário¹⁷⁶.

Diante deste cenário, é plausível o questionamento referente à segurança jurídica implícita na interpretação e aplicação das leis e normas. Na qual o Direito, sendo um instrumento de organização da vida em sociedade, surge como afirmação dessa segurança, tanto entre os indivíduos como entre estes e o Estado¹⁷⁷. Em consonância, Paulsen ressalta, em sua obra¹⁷⁸, as palavras de Cármen Lucia Antunes Rocha¹⁷⁹, que define:

¹⁷¹ Ibidem, p. 45.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ COELHO, 2013, op. cit. p. 61.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 65.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 66.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 69.

¹⁷⁷ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2006. p. 22.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 23, por ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Coord. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

A segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é justiça, que é buscada pela posituação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não se justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida.

Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas.

Por conseguinte, não consta explicitamente na Constituição Federal/1988, o princípio da segurança jurídica, mas ele está implícito no Artigo 1º, quando enuncia “a inviolabilidade ao direito à segurança”¹⁸⁰. Bem como, sua vertente do sobreprincípio do Estado de Direito, “tendo em conta o resguardo que este implica à esfera individual no sentido de garantir o reconhecimento de qual seja o direito válido...”¹⁸¹.

No entanto, na prática, observamos que o poder judiciário oferta à sociedade justamente o contrário do que a doutrina e a própria lei preconizam, em termos de segurança jurídica. Discorrendo, nesse contexto, que pela falta de segurança jurídica, mais propriamente pela “morosidade do Judiciário e a pela imprevisibilidade das decisões judiciais”, culmina num entrave ao desenvolvimento social e econômico do país¹⁸². A segurança jurídica como princípio que repercute na necessidade que o homem tem condução e planejamento das suas relações jurídicas, como “componente do Estado de Direito”, que transmite confiança ao cidadão para a prática de qualquer ato jurídico público ou privado¹⁸³. Seguidamente, o Ministro José Augusto Delgado, em seu Artigo “A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica”¹⁸⁴, aponta os ensinamentos de “J. J. Gomes Canotilho, em seu Direito Constitucional, 6a. ed., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 371 e 372”, em que afirma¹⁸⁵:

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da

¹⁸⁰ PAULSEN, op. cit., p. 28.

¹⁸¹ Ibidem, p. 39.

¹⁸² BRUNO MATOS E SILVA. A súmula vinculante para a Administração Pública aprovada pela Reforma do Judiciário. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6101> apud DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74120/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA_delgado.pdf, p. 3.

¹⁸³ DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. 2007. Disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74120/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA_delgado.pdf, p. 6.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Idem.

previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Neste patamar de interpretações quanto à falta de previsibilidade que acarreta a insegurança jurídica no ordenamento brasileiro, fica evidente o conflito entre o *Caput* do Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, onde sustenta a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, ampliando o instituto da desconsideração, sendo adotado meramente pela insatisfação do credor¹⁸⁶; e afrontando a Constituição da República Federativa do Brasil, no tocante ao “direito subjetivo à personificação e a realidade digna da sociedade, ocasionando uma violação ao Direito da Empresa”¹⁸⁷, depreciando o princípio da preservação da empresa, que tem como objetivo a proteção da atividade econômica e do o empreendimento¹⁸⁸. Se o ambiente propício para atração de novos investimentos está calcado também, numa condição de previsibilidade das decisões judiciais, para o empresário e futuro investidor, as decisões são incertas quando o judiciário interpreta a lei, por exemplo, de modo a dispensar o contratante de uma dívida assumida em contrato¹⁸⁹.

E para finalizar a concepção, mesmo nas relações consumeristas, a Teoria Menor não deveria ser aplicada, por desprezar a limitação patrimonial que protege a atividade empresarial, provocando insegurança jurídica que desmotiva novos investimentos¹⁹⁰, tornando o país menos competitivo internamente e também perante investidores que estão além das fronteiras. E nessa conjuntura, prejudica a sociedade e o próprio país, quando o direito não protege o investimento e o investidor, que acaba se direcionado a outros mercados¹⁹¹, amortecendo a circulação de riqueza¹⁹². Em resumo, valendo-se das palavras do ilustre doutrinador Fábio Ulhoa Coelho “quanto maior for a segurança jurídica no Brasil, mais investimentos teremos capacidade de atrair”¹⁹³.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da pessoa jurídica, criado com o intuito de fomentar o desenvolvimento social e econômico, tem como incentivo a limitação de risco para o investidor nas sociedades

¹⁸⁶ DOBARRO, op. cit., p. 212.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ COELHO, 2012, op. cit., p. 40.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 17.

¹⁹⁰ DOBARRO, op. cit., p. 213.

¹⁹¹ COELHO, 2012, op. cit., p. 18.

¹⁹² DOBARRO, op. cit., p. 213

¹⁹³ COELHO, 2012, op. cit., p. 18.

personificadas. Sendo que a personalidade jurídica gera autonomia patrimonial entre o sócio e a sociedade, limitando a responsabilidade dos sócios ao capital investido e sua responsabilização pelas perdas. A personificação e autonomia patrimonial proporcionam maior segurança ao empreendedor, pois representa um entrave para responsabilizar pessoalmente os sócios por obrigações da empresa.

Neste diapasão, a descon sideração da personalidade jurídica tem como objetivo ajustar a pessoa jurídica aos desígnios propostos na sua criação, pois se desviada a função da empresa, e houver abuso de direito ou confusão patrimonial, pelo conceito da Teoria Maior, decai a razão para a separação patrimonial entre sócios e sociedade. No entanto, no Código de Defesa do Consumidor, a descon sideração da personalidade jurídica é adotada simplesmente pelo mero inadimplemento do fornecedor, que não puder reparar um prejuízo do consumidor, através da aplicação da Teoria Menor, e sempre que a personalidade jurídica for um embaraço para o ressarcimento desse consumidor.

É justamente nesse despropósito que o trabalho enfocou a análise do instituto da descon sideração da personalidade jurídica, ser aplicado, pela teoria menor, largamente pelas decisões judiciais sempre que houver uma relação consumerista com perdas do consumidor. Culminado na depreciação da pessoa jurídica e eliminação da limitação de responsabilidade, quando o instituto retira, excepcionalmente, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para imputar aos titulares da empresa os efeitos de suas obrigações.

Neste viés, a autonomia patrimonial funciona como um incentivo à atividade econômica, justamente pela limitação das perdas, limitadas ao montante de capital investido, e que os prejuízos calculados fazem parte do risco do negócio. Proporcionando a separação do risco do negócio, do risco do sócio que investe na empresa, pois este limitou o risco pelo aporte de capital, atraindo investimentos e fomentando a economia.

Todavia, quando o princípio da autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade pelas perdas são pormenorizados, a economia perde, tornando os investimentos menos atrativos, bem como alavanca o custo da atividade econômica e o risco do investimento. A sociedade é prejudicada quando o direito não garante aos empreendedores a limitação do risco.

Então, quando a pessoa jurídica se torna enfraquecida pelas decisões judiciais, propriamente pela aplicação incorreta da teoria menor da descon sideração da personalidade jurídica, temos um cenário de insegurança jurídica e de imprevisibilidade de decisões judiciais que resultam num obstáculo ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Nesse contexto, o ambiente favorável para exercer a atividade econômica com riscos previsíveis, e também para a atração de novos investimentos depende de um judiciário que interprete e aplique leis e normas de forma correta e com previsibilidade de decisões. E que garanta através de sua discricionariedade o que foi que pactuado nas relações comerciais, sem afrontar o princípio da preservação da empresa. A segurança jurídica está diretamente ligada à capacidade de atração de investimentos de uma economia, quando o direito protege o empresário e o empreendimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.4068, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435.** Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27435%27%29.sub>. Acesso em: 25 mai. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do código civil.** 12ª edição revista e atualizada de acordo com as Leis nºs 12.441/2011, 12.399/2011 e 12.375/2010. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial – com anotações ao Projeto do Código Comercial.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa . **Curso de direito comercial, volume 2 :direito de empresa.** 17. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial : direito de empresa.** 26. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica,** 2007. Disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74120/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA_delgado.pdf. Acesso em 12.06.2018.

DIZER O DIREITO. **O encerramento irregular da empresa é causa, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica?** De 11.02.2015. Disponível em:

<https://www.dizerodireito.com.br/2015/02/o-encerramento-irregular-da-empresa-e.html>.

Acesso em: 20.05.2018.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e o reflexo da pessoa física e jurídica**. 1. ed.. São Paulo: Baraúna, 2016.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica : análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, LuisAntonioRizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:teoria geral e direito societário, volume 1**. 6. ed.. São Paulo: Atlas, 2014.
