A APLICABILIDADE DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Gisela Aguiar Wanderley[1]

Submetido (*submitted*): 13 de março de 2013.
Aceito (*accepted*): 9 de novembro de 2013.

Resumo
Este artigo busca apresentar um panorama do desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, conferindo-se particular enfoque à adoção da teoria menor pelo Código de Defesa do Consumidor. Analisam-se os fundamentos e as consequências jurídicas desta teoria, entrevendo-a como cláusula geral do direito das relações de consumo, em uma tentativa de sistematização da matéria conforme os princípios constitucionais regentes da ordem econômica brasileira.

Palavras-chave: desconsideração da personalidade jurídica, Código de Defesa do Consumidor, cláusulas gerais

Abstract
This paper looks forward to presenting a prospect of the development of disregard doctrine in Brazilian law, with particular focus on the adoption of the minor theory by Brazilian Consumer Protection Code. The groundwork and the legal consequences of this theory are analyzed, realizing it as a general clause of consumer law, in an attempt to systematize the subject that takes into account the constitutional principles that regulates Brazilian economic order.

Key words: disregard doctrine, Consumer Protection Code, general clauses

[1] Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília

1. Introdução: a personalidade jurídica e o surgimento da *disregard doctrine*

O instituto da pessoa jurídica[2] propicia a separação patrimonial e a consequente limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade, sendo imprescindível ao fomento da atividade empresarial, dado o risco advindo da necessidade de investimento a ela inerente.

O fenômeno da personalização é inevitável consequência da associação de indivíduos para a realização de fins comuns, uma vez que a circunstância de a associação dever agir como uma unidade, a partir de esforços e de haveres comuns, exige a afetação de um patrimônio comum à atividade a ser realizada. Formam-se, então, na esfera do direito privado, associações, fundações, sociedades simples e sociedades empresárias, a depender da natureza da atividade e das finalidades da pessoa jurídica. No tocante às sociedades empresárias, o instituto da personalidade jurídica afigura-se essencial, sobretudo, para desburocratizar a circulação de bens e as transações empresariais, possibilitando, em última escala, o progresso social.

Nesse passo, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica constitui princípio basilar da ordem econômica, possibilitando a limitação do risco ao capital afetado pelo sócio ao empreendimento[3]:

> Ora, se em todos os casos a responsabilidade dos sócios fosse solidária e ilimitada, não haveria, provavelmente, quem arriscasse a atividade empresarial, e, se o fizesse, os custos envolvidos seriam maiores e limitados a atividades menos arriscadas, desfalcando, por completo, os setores comercial e produtivo.[4]

Entretanto, subsiste a possibilidade de utilização desvirtuada do expediente, na hipótese em que a pessoa jurídica é constituída com o desiderato de gerar a proteção irregular de seus sócios, mascarando suas operações pessoais e possibilitando o locupletamento ilícito.

---

[2] Na esteira da classificação de Fábio Ulhoa Coelho, que classifica a pessoa jurídica como "sujeito de direito inanimado personalizado" (2012; p. 29), Rafael Lovato conceitua a pessoa jurídica como "um ente abstrato, diverso das pessoas que o constituíram, que possui patrimônio próprio, sendo capaz de exercer direitos, contrair obrigações e responder diretamente contra terceiros. O patrimônio erigido funciona como garantia, aos credores, de adimplência de obrigações pecuniárias assumidas pela sociedade" (2008; p. 203), definição que se revela útil à compreensão das problemáticas envolvendo o instituto, conforme se constatará no presente trabalho.

[3] Relevante pontuar, porém, que a personalização da sociedade não está necessariamente conectada à limitação da responsabilidade dos sócios. No direito brasileiro, há espécies de sociedades em que os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, a exemplo da sociedade em nome coletivo. Tais formas societárias, no entanto, conquanto admitidas no ordenamento jurídico pátrio, são raramente adotadas na prática. A propósito, COELHO (2012; p. 25).

[4] AMENDOEIRA JR. (2007; p. 554)

A crise do instituto da pessoa jurídica é vislumbrada por Lamartine Corrêa sob dois enfoques: a crise orgânica (negação formal da personalidade jurídica a determinados agrupamentos humanos) e a crise funcional, relativa à incompatibilidade entre a função e as finalidades do direito e a utilização da pessoa jurídica para que tais finalidades sejam burladas[5].

Este último aspecto da crise da pessoa jurídica (funcional) exige instrumento jurídico apto a responsabilizar o sócio por obrigações contraídas pela sociedade na hipótese em que esta seja desviada de sua finalidade legítima, o que ensejou o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como *disregard of legal entity* ou *lifting of corporate veil*[6].

A temática será aqui analisada mais pormenorizadamente, de modo a se compreender a imprescindibilidade da desconsideração da personalidade jurídica para que se garanta a existência do instituto da pessoa jurídica em consonância aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Nesse passo, proceder-se-á ao nevrálgico confronto entre os pressupostos e condições de aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica segundo as duas teorias ora vigentes (maior e menor), de modo a especificar em que situações faz-se necessário ponderar a aplicação mais protetiva do instituto (teoria menor, relacionada, sobretudo, a negócios jurídicos realizados com credores não-negociais, de particular relevância no direito das relações de consumo), com a proteção aos empresários de pequeno porte, que, por sua vez, também recebem tratamento jurídico protetivo, diante da determinação constitucional inscrita no artigo 170, IX, da Constituição da República.

1.1 A crise funcional da pessoa jurídica como pressuposto para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

Mesmo uma superficial caracterização da crise funcional da pessoa jurídica – entendida como aquela que se verifica quando, embora alinhada à lógica formal do sistema, a atividade da sociedade distancia-se das finalidades humanas e sociais do direito – possibilita traçar, de plano, um paralelo com a noção de abuso do direito (Código Civil, art. 187)[7]. A pessoa jurídica, tida como unidade acidental, subordina-se aos valores reitores da ordem jurídica, exigindo-se uma conformidade entre a realidade e institucional e os fundamentos axiológicos do ordenamento jurídico[8].

---

[5] OLIVEIRA (1979; p. 604/605)

[6] AMENDOEIRA JR. (2007; p. 555)

[7] Art. 187. Também comete ato ilícito 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.

[8] OLIVEIRA (1979; p. 608)

No particular, o abuso do direito é caracterizado pelo desvio da função social ou econômica da pessoa jurídica[9], a respeito das quais é relevante o aparte:

> Essa função social da pessoa jurídica deve ser concebida no seu sentido amplo, açambarcando tanto o desiderato para o qual a lei possibilita a personificação, como o objeto social da pessoa jurídica constituída. Pois se a lei concede personalidade a determinada entidade, assim o faz para que realize seu fim, que é a sua função social. Em se desviando dos fins colimados pela lei ou pelo estatuto societário, estará se desviando de sua função. Função essa que, se olvidada na consecução de suas atividades, enseja a caracterização da abusividade, em razão de sua disfunção.[10]

A abusividade funcional da pessoa jurídica, portanto, caracterizaria pressuposto suficiente para a aplicação da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, entendida como a suspensão da eficácia da pessoa jurídica para responsabilizar terceiros por obrigações por ela formalmente contraídas.

Relevante salientar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não se traduz em negação da personalidade jurídica, mas sim em instrumento voltado à regularidade da constituição de pessoas jurídicas, coibindo o seu uso fraudatório e abusivo, mas não o seu uso regular.

Nesse sentido é a posição de Fábio Ulhoa Coelho:

> A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.[11]

Na mesma linha, Sidnei Amendoeira Jr.[12] frisa que "não é possível assegurar as prerrogativas das pessoas jurídicas às sociedades que praticam o abuso de direito e a fraude à lei", justificando-se, então, a criação de mecanismos com o fito de evitar condutas abusivas ou fraudulentas sob o véu da pessoa jurídica, a exemplo da desconsideração da personalidade jurídica.

---

[9] FERNANDES NETO (1999; p. 154)
[10] FERNANDES NETO (1999; p. 156)
[11] COELHO (2012; p. 61)
[12] AMENDOEIRA JR. (2007; p. 563)

2. Da clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica (teoria maior) à teoria menor

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi inicialmente concebida pelo jurista alemão Rolf Serick, na obra *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, em que se analisou o abuso de forma da pessoa jurídica para realização de ilícitos. Segundo a teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica, a mera insatisfação de direito, quando o objetivo da norma e do negócio jurídico é devidamente atendido, não justifica a desconsideração[13]. Tal teoria é atualmente conhecida como teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

Rubens Requião importou a *disregard doctrine* para o Brasil, tendo influenciado Miguel Reale[14] quando da redação do art. 50 do Código Civil de 2002[15], a respeito do qual esclarece Carlos Mário da Silva Velloso:

> É necessário, portanto, para a efetivação da desconsideração, a prova do abuso da personalidade jurídica, caracterizado, vale repetir, pelo desvio de finalidade, assim, pelo ato intencional dos sócios com vistas ao não pagamento, mediante fraude, de dívida da sociedade.[16]

Em adendo a tais considerações, é de se anotar que o art. 50 do Código Civil de 2002 adotou como pressuposto objetivo da *disregard doctrine* a confusão entre o patrimônio do sócio e da sociedade, a ser apurada por meio da escrituração contábil da sociedade, que gera uma presunção relativa de fraude ou abuso por parte do sócio[17].

O artigo 50 do CC/02, portanto, possui substrato na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, que se embasa na manipulação fraudulenta ou abusiva da autonomia patrimonial da pessoa jurídica[18].

Noutro giro, a previsão legal da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em leis que regulam ramos específicos do direito, tais como o direito ambiental e o direito das relações de consumo, resultou em alterações

---

[13] GAGLIANO; FILHO (2012; p. 290/291)

[14] AMENDOEIRA JR (2007; p. 565)

[15] Art. 50. 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.

[16] VELLOSO (2011; p. 66)

[17] LOVATO (2008; p. 215)

[18] A propósito, confiram-se: STJ, AgRg no REsp 1307639/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012; STJ, AgRg no AREsp 28.612/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012

na teoria maior da desconsideração, tornando maleáveis os seus requisitos, amoldando o instituto aos princípios informativos de cada subsistema do ordenamento jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor[19], consoante se extrai da redação do § 5º de seu art. 28, e pela Lei n. 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais (art. 4º)[20], preveem expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, mas não estabelecem, tal como a teoria maior, o requisito da deturpação do instituto por meio da fraude ou do abuso. A desconsideração da pessoa jurídica, nas relações jurídicas reguladas por estes diplomas legais, justifica-se a partir da constatação da mera insolvência da sociedade, que constitui obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados. Convencionou-se denominar tal instituto como a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Cumpre investigar, portanto, os fundamentos que embasam a teoria menor, uma vez que, dissociados da manipulação fraudulenta/abusiva da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, divergem da evolução histórica da teoria maior, calcada sempre na fraude e no abuso de direito. Para tanto, concentrar-nos-emos na abordagem da questão a partir do Código de Defesa do Consumidor.

3. A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica e o trato da matéria no Código de Defesa do Consumidor

A desconsideração da personalidade jurídica é regulada, no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28 e respectivos parágrafos. O *caput* do dispositivo estabelece os requisitos para que se proceda à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária fornecedora[21], tendo sido o primeiro dispositivo legal a introduzir a desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. O dispositivo foi reproduzido no art. 18 da Lei n. 8.884/94 – Lei Antitruste, e recebe críticas contundentes de boa parte da doutrina brasileira, em virtude de baralhar hipóteses em que a desconsideração da personalidade é cabível e hipóteses em que esta não se revela medida imperiosa.

Ao prever o *caput* do art. 28 o abuso de direito como requisito para a desconsideração, alinha-se à teoria clássica, isto é, à teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

[19] Art. 28, § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

[20] Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

[21] 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.

Já no que diz respeito a excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, e violação dos estatutos ou contrato social, registre-se que a desconsideração da personalidade jurídica não se afigura como medida cabível, uma vez que, em tais hipóteses, o ordenamento já prevê que o ato gerador de responsabilidade "pode ser imputado diretamente a quem incorreu na irregularidade (sócio ou representante legal)"[22]. Nessas hipóteses, a pessoa jurídica não se apresenta como obstáculo à responsabilização do sócio, mostrando-se desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica[23]. A mesma ressalva é de ser feita às hipóteses de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica causados por má administração.

Para Sidnei Amendoeira Jr.[24], tais hipóteses prescindem da desconsideração da personalidade jurídica para que a conduta do sócio ou do administrador seja aferida e taxada como ilícita e enseje a obrigação de reparar o dano causado, uma vez que a responsabilidade direta dos sócios, nesses casos, é decorrência direta da prática do ato ilícito, não se pressupondo a desconsideração para que o ato seja considerado ilícito e o seu causador seja responsabilizado.

A respeito do tema, esclarece Rafael Lovato:

> Salientando-se, por ser pertinente, que não é caso de despersonificação quando o sócio ou o dirigente viola a lei ou o contrato social (por exemplo, o CDC, art. 28). Em casos como esse, o que ocorre é a simples e direta responsabilidade civil da pessoa física (administrador, sócio, etc) por atos ilícitos próprios (responsabilidade *ex vi legis*), e não da pessoa jurídica. Um pouco mais profundamente, frise-se que só é caso de desconsideração quando o ato praticado em nome da sociedade for lícito, mas, se imputado a uma pessoa física (dirigente) aí, sim, transformar-se em ilícito. Destarte, se o ilícito puder, imediatamente, ser apontado como ilícito do sócio ou do administrador, não é caso de despersonificação da sociedade.[25]

Nas hipóteses listadas no *caput* do art. 28, portanto, excetuado o abuso de direito, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que esta não foi manipulada, tampouco serviu de véu para a atuação dos sócios. Em verdade, os próprios sócios/administradores agiram de modo ilícito, sendo diretamente responsáveis por sua conduta.

---

[22] COELHO (2012; p. 73)

[23] Tal entendimento foi consubstanciado no enunciado n. 229 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF: "A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta".

[24] AMENDOEIRA JR. (2007; p. 569)

[25] LOVATO (2008; p. 214)

Essas situações já estariam abarcadas, por exemplo, pelo disposto nos arts. 1.016 e 1.080 do Código Civil, ensejando a responsabilidade direta do sócio/administrador[26], assim como pela previsão expressa dos artigos 134, VII, e 135, II, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66)[27], e do art. 10 do Decreto n. 3.708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada[28].

Impende ainda ressaltar, quanto ao tema, que a desconsideração da personalidade jurídica configura uma exceção, e não regra, prevalecendo a eficácia da pessoa jurídica sempre que forem observados os limites fixados no ordenamento jurídico para a sua atuação.

Os parágrafos segundo, terceiro e quarto do art. 28 preveem hipóteses de extensão da responsabilidade às sociedades integrantes de um mesmo grupo societário (§ 2º), controladas (§ 2º), consorciadas (§ 3º) e coligadas (§ 4º), prevendo hipóteses de responsabilização subsidiária (§2º), solidária (§ 3º) e subjetiva (alinhada ao elemento culpa) (§ 4º).

No entanto, conforme já adiantado, a legislação consumerista brasileira vai mais além. O § 5º do mesmo art. 28, a despeito da corriqueira lição de técnica legislativa segundo a qual os parágrafos possuem a função de explicitar ou excepcionar a norma principal contida no *caput* do dispositivo, alarga ainda mais as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica já contempladas no *caput* do art. 28, consignando que "também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Este dispositivo revela a adoção da teoria menor pelo diploma consumerista, uma vez que prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em função da mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o adimplemento de suas obrigações, independentemente da existência uso desvirtuado da pessoa jurídica. Assim, a hipótese estaria caracterizada com a simples ausência de bens penhoráveis pela pessoa jurídica, mesmo que a conduta dos sócios não se revele fraudulenta ou abusiva[29].

---

[26] Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.
Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

[27] Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.
Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

[28] Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

[29] KHOURI (2002; p. 203)

4. A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica aplicada às relações de consumo

De saída, cumpre salientar que é imprescindível que o exame dos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica seja realizado em consonância com os princípios e normas que regem cada um dos ramos do direito, não se afigurando cabível a aplicação indistinta da desconsideração da personalidade jurídica a situações jurídicas visceralmente diversas.

O Código de Defesa do Consumidor revela-se instituidor de um microssistema jurídico de proteção do consumidor, com princípios, regras e procedimentos próprios, calcados na vulnerabilidade do consumidor. Constitui um estatuto autônomo e suficiente, retirando do Código Civil força normativa e atribuindo-lhe a posição de mera fonte subsidiária na regulação das relações de consumo.

A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica no direito das relações do consumo não se cuida de mero desenvolvimento histórico do instituto inicialmente concebido pela doutrina comercialista, uma vez que se traduz em patente quebra com os requisitos exigidos pela teoria clássica – teoria maior (fraude/abuso de direito). Trata-se de verdadeira inovação na concepção dos fundamentos que justificam a desconsideração da personalidade jurídica, que surge então como instrumento de tutela dos credores não negociais – no caso, os consumidores.

Nessa linha é o entendimento de Rafael Lovato: "a Teoria Menor [...] saliente-se, para não se fazer confusões, não é a Disregard Doctrine. Ou seja: a Teoria Menor e a Disregard Doctrine (Teoria Maior) são doutrinas distintas, com características semelhantes, mas com diferenças marcantes"[30].

Coexiste, nesse passo, a possibilidade de que a desconsideração da personalidade jurídica constitua não só instrumento de coibição do uso desvirtuado do instituto (abusos/fraudes: *disregard doctrine* ou teoria maior), mas também mecanismo de proteção dos credores não negociais (credores não empresários: teoria menor).

Não obstante, é imprescindível asseverar que tal alargamento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações de consumo deve fundamentar-se nos princípios e diretrizes próprios que as normatizam, derivados da vulnerabilidade do consumidor, e não em um desprezo ao instituto da personalidade jurídica, reconhecido de forma ampla pelo sistema jurídico brasileiro e essencial ao desenvolvimento da atividade econômica.

Tal concepção de repulsa à personalidade jurídica confunde-se, em verdade, com o uso abusivo do instituto, com a sua disfunção, com a sua manipulação

[30] LOVATO (2008; p. 217)

irregular. Similar tese estrutura-se em uma suposta falha intrínseca do instituto da personalidade jurídica, como se o próprio instituto possuísse visceral relação com o abuso de direito, a fraude e o desvio de finalidade, entendimento esse que não se sustenta, tendo-se em vista a função legítima que a pessoa jurídica desempenha na sociedade, tanto em se tratando de sociedades empresárias, quanto sociedades simples, associações, fundações e pessoas jurídicas de direito público.

Relevante salientar, ademais, que o fornecedor de bens ou serviços para fins de caracterização de relação de consumo (fornecedor/consumidor), não se reduz à sociedade empresária, conforme se extrai do art. 3º do CDC[31].

Não se nega, por evidente, a frequente e corriqueira problemática advinda do abuso da personalidade jurídica perpetrado em razão da proteção e dos efeitos por ela propiciados[32]. Entretanto, justamente com o fito de coibir e inibir condutas abusivas e fraudatórias foi vislumbrada a necessidade de ser proceder à desconsideração da personalidade jurídica, de modo a manter íntegro o instituto.

Nesse diapasão, é de se asseverar que a inclusão do § 5º no art. 28 do CDC deve ser entendida como decorrência do reconhecimento da peculiaridade que define as relações de consumo, qual seja, a vulnerabilidade do consumidor, alinhando-se aos demais princípios e diretrizes contemplados pelo CDC, que orientam um tratamento protetivo ao consumidor.

4.1 A vulnerabilidade do consumidor e o caráter não negocial das relações de consumo: fundamentos para a aplicabilidade da teoria menor

A vulnerabilidade do consumidor revela-se verdadeiro princípio informativo do microssistema jurídico inaugurado pelo CDC, uma vez que o seu reconhecimento legitima a adoção de normas protetivas ao consumidor, possibilitando a minimização das disparidades evidenciadas entre as partes de uma relação de consumo.

Assim, constatada a vulnerabilidade do consumidor, almeja-se reestabelecer o equilíbrio das relações contratuais, tese essa que foi positivada em nosso ordenamento conforme se extrai do teor do art. 4º, I, do CDC, ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo[33].

---

[31] Art. 3° Fornecedor é toda **pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados**, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (grifo nosso)

[32] FERNANDES NETO (1999; p. 149)

[33] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Quanto à configuração do contratante como consumidor, apta a ensejar a qualificação da relação contratual como de consumo e a aplicação das normas protetivas previstas no CDC, não é ocioso pontuar a controvérsia existente a respeito da abrangência do artigo 2º do Código, o qual prevê que a pessoa natural ou a pessoa jurídica[34] pode ser consumidor, contanto que adquira ou utilize produto ou serviço (requisito objetivo) como destinatário final (requisito teleológico).

Desde a entrada em vigor do Código, duas principais teorias têm sido ventiladas, tanto em âmbito acadêmico, quanto em âmbito jurisprudencial, a fim de situar a extensão da definição de consumidor, a qual, por sua vez, determinará o âmbito de aplicabilidade das normas protetivas inscritas no Código e norteará, por conseguinte, as hipóteses de aplicação do artigo 28, § 5º, do Código, aqui examinado.

A teoria finalista (subjetiva) parte do conceito econômico de consumidor e propõe uma interpretação restritiva da expressão "destinatário final", com fundamento na constatação de que a especial tutela conferida pelo Código se justifica pela particular vulnerabilidade do consumidor na relação contratual. Segundo tal teoria, é necessário, portanto, para ser considerado consumidor, que o adquirente seja o destinatário final econômico do bem, o que não se configura se ele o adquirir para revenda ou para uso profissional[35].

De outra parte, a teoria maximalista (objetiva) privilegia o conceito jurídico de consumidor e estatui que o caráter consumerista da relação contratual não deve levar em consideração a finalidade da aquisição ou do uso do produto ou serviço. Assim, destinatário final é o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza (consome), independentemente de, com isso, pôr fim à cadeia produtiva (como exige a teoria finalista), ou, por outro lado, inserir-se na atividade econômica do adquirente, mesmo com intenção de lucro[36].

Feitas essas breves considerações sobre a celeuma que circunda a interpretação do artigo 2º do CDC, e temperadas as concepções de uma e outra teoria, pode-se firmar que, em virtude do caráter protetivo das normas insculpidas no

---

[34] Além disso, observe-se que o inciso I do artigo 51 do Código prevê expressamente a possibilidade de consumidor pessoa jurídica, permitindo, entretanto, em tal hipótese, a limitação da responsabilidade civil objetiva do fornecedor, de modo a excepcionar, nesse caso, o disposto no artigo 25 do CDC.

[35] GARCIA (2010; p. 15). A respeito, confiram-se: STJ, REsp 541867/BA, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005, p. 227; STJ, REsp. 218505/ MG, DJ14/02/2000, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 16/09/1999; STJ, REsp. 264.126/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime, DJ 27/08/2000; STJ, REsp. 475220/GO, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, unânime, DJ 15/09/2003; STJ, REsp 509.304/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013.

[36] GARCIA (2010; p. 16/17). A respeito, confiram-se: STJ, REsp. 208793/MT, DJ 01/08/2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito); STJ, REsp. 329.587/SR Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJ 24/06/2002; STJ, REsp 445854/MS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 453.

Código e da determinação inscrita no inciso I do artigo 4º, uma interpretação teleológica desse dispositivo permite afirmar que a *vulnerabilidade*[37] do adquirente/usuário do produto/serviço traduz-se em pressuposto e fundamento para a caracterização da relação contratual como de consumo[38].

Partindo de tal entendimento, aplicam-se os pressupostos da teoria finalista, relativizando-os, porém, nas hipóteses em que a pessoa natural ou jurídica, embora não adquira o produto como destinatário final econômico, apresente vulnerabilidade capaz de provocar desequilíbrio na relação contratual. Tal orientação tem sido recentemente referida como "teoria finalista moderada" da definição de consumidor.

Com efeito, o caráter não negocial das relações de consumo, aliado à vulnerabilidade do consumidor, impõe que este não deva estar sujeito ao risco da atividade empresarial, o que justifica, portanto, o alargamento das hipóteses de possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica de modo a garantir a reparação do dano pelos sócios e administradores[39]. Assim, somente nesses casos se justificaria a desconsideração da pessoa jurídica com base na insolvência do fornecedor, conforme o permissivo inscrito no § 5º do artigo 28 do CDC.

Sendo o caráter não negocial da relação jurídica o fundamento para a aplicabilidade da teoria menor, não cumpre alargar o seu espectro de incidência para toda e qualquer obrigação contraída por pessoa jurídica, independentemente do credor, motivo pelo qual discordamos da posição tomada por Rafael Lovato[40], ao preferir "uma interpretação abrangente e pró-credores da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, estendendo sua aplicação a todas as situações creditícias brasileiras, sem limitá-la a relações de consumo

[37] Para Claudia Lima Marques, a vulnerabilidade do consumidor pode ser de caráter técnico (ausência de conhecimentos específicos sobre o produto/serviço), jurídico (ausência de conhecimentos a respeito da relação contratual, como de contabilidade, matemática financeira e economia) e fática (disparidade socioeconômica, aferida em contraste com o outro contratante – fornecedor –, seja pela maior capacidade econômica deste, pela essencialidade do produto/serviço, ou por eventual monopólio no fornecimento do bem). (GARCIA; 2010, p. 18/19). Cuida-se de ideia que foi adotada em alguns julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, de que é ilustrativo o acórdão proferido no julgamento do REsp 476428/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em sessão colegiada da Terceira Turma, julgado em 19/04/2005, publicado no DJ 09/05/2005, p. 390, no qual se firmou o seguinte entendimento: "A relação jurídica qualificada por ser 'de consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo".

[39] Tal orientação que tem prevalecido progressivamente no âmbito do STJ. Confiram-se: REsp 661145/ES, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005, p. 286; REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012; REsp 1027165/ES, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011.

[39] AMENDOEIRA JR. (2007; p. 568)

[40] LOVATO (2008; p. 230)

ou ambientais". A imperiosidade da segurança jurídica para se lidar com o natural risco advindo da atividade empresarial exige a separação patrimonial entre a sociedade e seus sócios, não se afigurando apropriada a aplicação irrestrita da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica a qualquer relação jurídica obrigacional.

Calcada na proteção dos credores não negociais, a teoria menor não se confunde, portanto, ao contrário do asseverado por Fábio Ulhoa Coelho[41], com uma negação da pessoa jurídica, mesmo porque a desconsideração só opera em relação ao caso concreto, e tão somente no que se refere à autonomia patrimonial, não atingindo os demais efeitos decorrentes da personalidade jurídica, tais como a capacidade para estar em juízo, a prática de atos em seu próprio nome, a possibilidade de assunção de obrigações e de ser titular de direitos[42].

4.2 O entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do art. 28, § 5º, do CDC

A crítica inicial que porventura é de ser realizada em relação ao § 5º do art. 28 do CDC refere-se não tanto ao seu conteúdo material – o qual se justifica, consoante já asseverado, em virtude da peculiaridade que distingue as relações de consumo das relações empresariais: a vulnerabilidade do consumidor –, mas sim à sua forma legislativa: ao prever a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em virtude de constituir a pessoa jurídica obstáculo ao ressarcimento do consumidor, alarga os requisitos exigidos pelo *caput*, em contrariedade à orientação de que os parágrafos de um dispositivo legal explicitem ou excepcionem a hipótese prevista no *caput*.

Tal circunstância resultou em uma interpretação restritiva da norma do § 5º por parte de alguns juristas, aproveitando tal estrutura legislativa para embasar um entendimento que nega a ampliação da desconsideração da personalidade jurídica prevista no aludido parágrafo.

Nesse sentido é o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho:

> 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 des-

[41] COELHO (2012; p. 75)
[42] LOVATO (2008; p. 220)

> consideração. [...]. 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.[43]

Um exame acurado do conteúdo material do art. 28, *caput* e § 5º, no entanto, revela com clareza a natureza da norma ali exposta, conforme elucida Paulo R. Roque A. Khouri: "é como se a disposição do § 5º atuasse como *caput* e as situações listadas no *caput* do art. 28 atuassem como incisos meramente exemplificativos"[44].

A técnica legislativa que orientou a elaboração do art. 28 e de seu § 5º gerou considerável confusão entre os juristas que se dispuseram a analisar o dispositivo, imbróglio esse que foi agravado, ainda, pelo teor das razões do veto ao § 1º do art. 28 (referente aos sujeitos que devem ser responsabilizados pelos danos causados ao consumidor uma vez determinada a desconsideração da personalidade jurídica), que possuem conexão com a matéria regulada pelo § 5º, e não pelo § 1º: "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"[45].

Não obstante, tendo sido o Código assim publicado, encontra-se vigente e eficaz o § 5º do art. 28, cabendo à doutrina e aos operadores do direito interpretá-lo e aplicá-lo, sendo infrutíferas as eventuais conjecturas a respeito de possível "equívoco remissivo de redação" no proceder do veto presidencial, a exemplo da realizada por Zelmo Danari[46].

A eficácia autônoma do § 5º do art. 28, tornando meramente exemplificativas as hipóteses elencadas no *caput* do dispositivo, tem sido reiteradamente afirmada pela jurisprudência pátria, em repúdio à interpretação segundo a qual o aludido parágrafo encontra-se subordinado aos requisitos exigidos no *caput*, entendimento esse que consubstanciaria verdadeira negativa de vigência ao § 5º do art. 28.

---

[43] COELHO (2012; p. 74/75)

[44] KHOURI (2002; p. 202)

[45] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art28§1

[46] *In* GRINOVER *et al* (2007; p. 250)

Tal tem sido o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende da ementa do seguinte julgado, tido como paradigmático no trato da questão:

> Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial.
> Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor.
> Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.
> [...]
> – A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.
> Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).
> – 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.[47]

Paulo R. Roque A. Khouri[48], por sua vez, apresenta proposta de temperamento da norma inscrita no § 5º do art. 28 do CDC, assentando que a desconsideração da personalidade jurídica em virtude da simples insolvência do fornecedor somente se justifica em virtude dos danos advindos de acidente de consumo, isto é, somente é aplicável nas hipóteses de responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou do serviço, previstas nos artigos 12 e 14 do CDC.

Tal entendimento é fruto de uma análise da posição topográfica do art. 28 no Código, que se encontra no Capítulo IV do CDC – Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos. Para o autor, não caberia alargar a aplicabilidade do dispositivo a outros casos que não aqueles em que se questiona a qualidade do produto/serviço oferecido pelo fornecedor, diga-se, aos casos em que o ressarcimento do consumidor não decorra de indenização por acidente de consumo. Nesses casos, defende Khouri que o consumidor deva ter de demonstrar a fraude ou o abuso de direito para que possa desconsiderar a pessoa jurídica.

Trata-se de entendimento questionável, uma vez que o próprio título do Capítulo IV refere-se paralelamente à qualidade dos produtos e serviços e à prevenção/reparação de danos, não havendo qualquer referência a eventual restrição do art. 28 apenas às hipóteses previstas nos arts. 12 e 14 do CDC. Ademais, mesmo se adotando o posicionamento de Paulo Khouri, deveria ser reconhecida ainda a possibilidade de aplicação da desconsideração nas hipóteses de responsabilidade do fornecedor por vício do produto/serviço, tendo-se em vista a possibilidade de, em tais casos, imputar-se ao fornecedor o dever de restituição imediata da quantia paga pelo consumidor pelo produto/serviço defeituoso, monetariamente atualizada, sem prejuízo de perdas e danos, a teor do disposto no art. 18, § 1º, II e do art. 20, II, do CDC.

Noutro giro, o § 3º do mesmo art. 28 possui redação que contraria a tese do autor, ao estabelecer a responsabilidade das sociedades consorciadas em relação às obrigações decorrentes do Código, e não às obrigações decorrentes do Capítulo IV do Código:

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

[47] STJ, REsp 279273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230
No mesmo sentido: STJ, REsp 737.000/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011

[48] KHOURI (2002; p. 203/204)

Ademais, é de se registrar que o § 5º do art. 28 reflete a adoção da teoria menor pelo diploma consumerista, cujos fundamentos são a vulnerabilidade do consumidor e o caráter não negocial das relações de consumo, princípios informativos de todo o microssistema jurídico de proteção ao consumidor, e não apenas do Capítulo IV do CDC. Assim, a análise dos fundamentos da adoção da teoria menor pelo CDC aponta a necessidade de se reconhecer a aplicabilidade do dispositivo a toda relação jurídica regulada pelo Código.

5. O § 5º do art. 28 como cláusula geral do direito consumerista

Consoante já asseverado, a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica não deve traduzir-se no questionamento da pertinência do instituto da pessoa jurídica, vale frisar, não deve significar a negação do próprio instituto, tendo-se em vista o papel estrutural que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica exerce em nossa ordem jurídica e econômica, consoante já asseverado.

Ao revés, a aplicação do art. 28 do CDC e, de modo genérico, da teoria menor deve ser realizada pelo operador do direito de modo que constitua um aprimoramento do instituto da pessoa jurídica alinhado aos princípios que regem cada subsistema do ordenamento jurídico brasileiro, em especial aqueles preponderantes na regulação das relações jurídicas de sociedades empresárias e credores não negociais, tais como os consumidores.

O caráter extensivo da norma expressa no § 5º do art. 28 do CDC em relação ao *caput* deste artigo, encarado paralelamente à desconexão com a evolução história da *disregard doctrine* no âmbito do direito empresarial, exige que este dispositivo seja entendido não como solução jurídica a ser aplicada indistintamente a qualquer caso com que se deparar o operador do direito, mas sim como uma diretriz indeterminada do direito das relações de consumo, voltada a possibilitar a concretização dos princípios do microssistema de defesa do consumidor ao caso individual, em especial a superação da vulnerabilidade do consumidor.

Nesse passo, a adoção da desconsideração da personalidade jurídica com base na insolvência do fornecedor, expressa no § 5º do art. 28 do CDC, dada a larga generalidade do dispositivo, deve ser entendida como uma cláusula geral do direito consumerista, cuja concretização deve ter por desiderato a materialização dos princípios gerais do direito das relações de consumo no caso concreto.

O sentido de se enquadrar o § 5º do art. 28 do CDC como cláusula geral – a qual, do ponto de vista estrutural, constitui uma norma (parcialmente) em branco, completada em sua concretização mediante a referência a regras extra-

jurídicas[49] – esclarece-se a partir da distinção entre âmbito da norma (*Normbereiche*) e programa da norma (*Normprogramm*) realizada por Friedrich Müller.

Na esteira da teoria de Müller, o âmbito da norma define-se pelo recorte da realidade social, em sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si, no intento de regulamentação. A norma consubstanciada no texto legal é resultado da interpretação tópica, de modo que sua extensão deve ser perquirida com ênfase no caso concreto e pela realidade que lhe serve de contexto, sendo o texto o ponto de partida e de limite para a interpretação.

Nesse sentido pronuncia-se Müller:

> A norma jurídica se transforma assim em conceito complexo composto por programa da norma e âmbito da norma. Assim, atividade concretizante não é mais sinônimo de tornar mais concreta uma norma jurídica genérica que já estaria contida no código legal; ao contrário, significa, a partir de uma ótica e reflexão realista, **construção da norma jurídica no caso individual a ser decidido.**[50]

A esse respeito, assinala Konrad Hesse, em lição que estimamos aplicável à problemática ora em análise:

> A "concretização" do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da "realidade" que essa norma é chamada a regular. As singularidades dessas circunstâncias, não raro já conformadas juridicamente, integram o "âmbito normativo", o qual – a partir do conjunto dos dados do mundo social afetados por um preceito jurídico e através do mandato contido, sobretudo, no texto da norma, o "programa normativo" – é alçado à condição de parte integrante do conteúdo normativo.[51]

Nesse passo, no caso individual, será preciso concretizar e construir – e não somente aplicar – a cláusula geral do § 5º do art. 28 no caso concreto, de modo que a sua incidência à espécie consubstancie a observância dos princípios e regras informativos das relações de consumo no caso individual.

A larga amplitude do § 5º do art. 28 do CDC demanda que o aplicador do direito maneje a norma averiguando a incidência das demais diretrizes e

[49] GAMA; BRASIL (2009; p. 20)
[50] MÜLLER *apud* GAMA; BRASIL (2009; p. 22 – grifo nosso)
[51] HESSE (2009; p. 98/99).

princípios do direito ao caso concreto, abrindo maior possibilidade de harmonização dos interesses dos contratantes consoante os ditames da boa-fé e da justiça social. Isso porque, deparando-se com uma cláusula geral, compete ao juiz estabelecer o significado do enunciado normativo e, ainda, completar a norma ao determinar ou graduar as suas consequências[52].

Nesse sentido é a manifestação de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

> A cláusula geral, portanto, exige do juiz uma atuação especial, e através dela é que se atribui uma mobilidade ao sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso e os traslada para outras situações.[53]

Parece partir de inspiração similar Flávia Lefévre Guimarães, ao dispor que:

> Ainda nessa linha, esposamos a tese de que a norma é um instrumento de comunicação e, portanto, subliminar à informação ou relato está o objetivo a ser lançado com a mensagem (valor eleito a ser garantido) e, como deflagrador desse objetivo, uma realidade que o reclama. Para nós, portanto, as normas originam-se dos fatos, da realidade possuidora do poder de transformar o ordenamento jurídico, adequando-o sempre que necessário. Nesse esquema, entretanto, importante levar em conta fatores determinantes do fenômeno do direito, quais sejam, as forças sociais que nem sempre apontam para o mesmo sentido ou direção, funcionamento como vetores que se encontram, refletindo o ordenamento jurídico uma resultante do encontro das referidas forças.[54]

A qualificação da norma do § 5º como cláusula geral permite que o comando normativo seja concretizado mesmo em sua aplicação aos casos limítrofes, a exemplo das hipóteses em que tratar-se o fornecedor de sociedade empresária de pequeno porte, em face do qual a vulnerabilidade do consumidor se torna dúbia, de modo que apenas a concretização da norma em tais hipóteses definirá o seu âmbito de aplicação.

---

[52] AGUIAR JÚNIOR (2000; p. 11/12)
[53] AGUIAR JÚNIOR (2000; p. 12)
[54] GUIMARÃES (1998; p. 90)

A respeito do exemplo citado, permitimo-nos uma breve digressão, com o fito de ilustrar a importância de se considerar a teoria menor da desconsideração como cláusula geral do direito consumerista, e não como regra literal a ser aplicada indistintamente como solução jurídica imediata a qualquer hipótese pelo operador do direito que se deparar com sociedade empresária insolvente.

6. A desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor de pequeno porte

No tocante aos empresários de pequeno porte, é de se reconhecer que o seu tratamento favorecido é desdobramento do disposto no art. 170 da Constituição Federal. O aludido dispositivo constitucional determina que a ordem econômica deve ser pautada a partir da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, entre outros.

Com efeito, é possível estabelecer que tal dispositivo constitucional busca formatar

> um ambiente fluído [...] para permitir a intervenção do Estado sempre visando corrigir as distorções da economia liberal e atingir o fim último da ordem econômica que é assegurar a todos uma vida digna. Diga-se, inclusive, que a tônica da intervenção estatal nos dias de hoje tem sido conferir maior concretude às normas que amparam direitos difusos e coletivos, a exemplo daquelas que tutelam o consumidor e o meio ambiente.[55]

Em seu inciso IX, por sua vez, o art. 170 da Constituição da República estabelece que deve ser observado "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Sobreleva, portanto, na hipótese em que o fornecedor qualificar-se como empresa de pequeno porte[56], a necessidade de, atentando-se ao devido equilíbrio das relações consumeristas, considerar-se paralelamente a vulnerabilidade do consumidor e a exigência constitucional de tratamento favorecido a essa particular espécie de empresário[57].

[55] COSTA (2011; p. 17)

[56] V. Lei Complementar n. 123/2006, art. 3º.

[57] Deve-se salientar, por oportuno, que a caracterização do empresário como de pequeno porte não redunda apenas em procedimentos simplificados e desburocratizados de constituição e funcionamento, mas produz efeitos, também, em relação aos seus credores. Assim, tendo por base a diretriz do art. 170, IX, da CF, a Lei n. 11.101/05 prevê a possibilidade de plano especial de recuperação judicial às microempresas e empresas de pequeno porte (Seção V, artigos 70 a 72).

Tal orientação constitucional tem por escopo o fomento e apoio à pequena unidade empresarial, partindo da constatação de que empreendimentos de menor porte enfrentam maiores desafios em sua constituição e funcionamento e demandam a intervenção indireta estatal a fim de garantir a equivalência de condições concorrenciais e o incentivo à livre iniciativa[58].

A desconsideração da personalidade jurídica, de outra parte, consoante asseverado por Spínola Costa[59], gera insegurança jurídica e aumenta os custos dos empreendimentos, circunstância que redunda em que a incidência da teoria menor às hipóteses em que o fornecedor caracterizar-se como empresário de pequeno porte, de modo geral, redundaria em verdadeiro desincentivo à atividade empresarial incipiente, em virtude do acentuado risco dela advindo, contrariando o programa da norma disposta no art. 170, IX, da CF.

Nas hipóteses de fornecedor de pequeno porte, que recebe tratamento favorecido, conforme o dispositivo constitucional citado, afigura-se imperioso proceder a uma interpretação do § 5º do artigo 28 do CDC orientada pela principal *ratio* desse diploma legal: a superação da vulnerabilidade do consumidor com o fito de equilibrar a relação contratual consumerista.

No particular, é imperioso salientar que a mera adoção da teoria finalista mitigada a respeito da extensão da definição de consumidor não resolve a problemática aqui apontada. Como já apontado, nos casos em que o adquirente/usuário do produto/serviço figura como destinatário final econômico do bem, é despiscienda a caracterização da vulnerabilidade[60], cuja comprovação se exige nas hipóteses em que o destinatário *não* exaure a função econômica do bem[61]. Opera-se, em tal hipótese, uma presunção de vulnerabilidade do adquirente/usuário (pessoa natural), enquadrado como consumidor. Deve ser encarada, entretanto, como uma presunção relativa (*juris tantum*), que pode ser elidida na medida em que a particular qualidade do fornecedor não coloque o adquirente/usuário em posição de vulnerabilidade, seja técnica, jurídica ou socioeconômica, como pode ocorrer, no caso concreto, diante do fornecimento de produtos ou serviços por empresa de pequeno porte, aqui exposta.

No caso de pessoa jurídica, de outra parte, inexiste presunção, devendo ser comprovada a vulnerabilidade do adquirente/usuário no caso concreto (teoria finalista mitigada). Assim, se o produto for adquirido por pessoa jurídica, nas

---

[58] STF, ADI 4033, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 15/9/2010, DJe 7/2/2011.

[59] COSTA (2011; p. 17)

[60] A respeito, confiram-se: STJ, AgRg no Ag. 296.516, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado. 07/12/00; STJ, RMS 27.512-BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2009

[61] A propósito: STJ, REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012; STJ, AgRg no Ag 1316667/RO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 11/03/2011.

hipóteses em que se comprove que o bem não retornou à cadeia de produção ou distribuição, configura-se a pessoa jurídica como consumidora, atraindo a incidência das normas protetivas do CDC.

Assim, torna-se claro que, a despeito da presunção (relativa) de vulnerabilidade do destinatário econômico final do produto/serviço, a configuração do fornecedor como empresário de pequeno porte justifica a possibilidade de se elidir tal presunção legal, com o fito de se constatar o efetivo equilíbrio contratual em cada caso concreto, uma vez que a aplicação imediata dos institutos protetivos do código consumerista pode conduzir à ilegítima ruína do patrimônio do sócio do fornecedor de pequeno porte, frustrando a orientação constitucional protetiva aqui já referida.

Com efeito, a posição contratual do consumidor, em face do fornecedor de pequeno porte, não configura, em abstrato, flagrante desequilíbrio negocial, o qual configura, repise-se, pressuposto e fundamento das normas protetivas previstas no CDC.

Nesse passo, em especial quanto à desconsideração da personalidade jurídica, cujos drásticos efeitos foram aqui pincelados, afigura-se pertinente e imprescindível que a interpretação do artigo 28, § 5º, do CDC alinhe-se à diretriz exposta no inciso IX do artigo 170 da Constituição da República.

Nesses casos, a não configuração da vulnerabilidade do consumidor em face do pequeno porte do fornecedor torna exigíveis, portanto, os requisitos do art. 50 do CC/02 para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, não bastando a mera insolvência da sociedade, sob pena de se gerar um desequilíbrio nas relações de consumo, contrariando a própria principiologia do CDC, voltada à equidade entre as partes contratantes e ao equilíbrio entre as prestações obrigacionais de cada parte. Tal entendimento, é de se registrar, cuida-se de interpretação alinhada ao princípio expresso no art. 4º, III, do CDC[62].

Não é ocioso salientar que o próprio Código apresenta hipóteses de flexibilização de suas normas em casos em que a proteção conferida ao consumidor possa resultar em desequilíbrio nas relações contratuais.

De fato, o inciso I do artigo 51 do Código flexibiliza o postulado inscrito no artigo 25, ao permitir a limitação da responsabilidade civil do fornecedor quando o consumidor for pessoa jurídica, pressupondo que, em determinados

[62] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

casos, a transação pode extrapolar o padrão regular de consumo e a qualidade do consumidor (pessoa jurídica) pode justificar exceção ao tratamento protetivo[63].

Partindo de similar premissa, o inciso VIII do artigo 6º exige que se verifique a hipossuficiência do consumidor no caso concreto, a fim de aplicar a inversão do ônus da prova, considerando que apenas em cada caso poder-se-á aferir a necessidade de aplicação dessa norma, excepcional às regras gerais do direito processual civil brasileiro (v. CPC, artigo 333, I).

Assim, observe-se, se a segunda parte do artigo 51, I, do CDC, apresenta hipótese de mitigação da norma do artigo 25, com base na consideração da *situação do consumidor* (pessoa jurídica), não tão vulnerável quanto o padrão, afigura-se também forçoso o temperamento do aparente rigor irrestrito do artigo 28, § 5º com base na *situação do fornecedor* (empresário de pequeno porte), cujo tratamento jurídico diferenciado (CF, art. 170, IX) encontra suporte no seu menor poder econômico/negocial em comparação aos demais empresários e exige, como contraponto, a possibilidade de elidir a vulnerabilidade do consumidor nessas específicas relações contratuais.

Assim, verifica-se que a vulnerabilidade (técnica, jurídica ou socioeconômica) do consumidor, que conduz a um desequilíbrio na relação contratual, deve ser constatada não somente em função de na particular qualidade ou posição do próprio *consumidor* na relação contratual (v.g. art. 51, I, do CDC), mas também em função da qualidade do *fornecedor*. Com efeito, a menor capacidade negocial/econômica deste pode não ocasionar a vulnerabilidade daquele, ainda que se amolde à definição do artigo 2º do Código (destinatário econômico final), de modo que, nesse caso, não se justifica a aplicação da alargada e protetiva hipótese de desconsideração da personalidade jurídica prevista no § 5º do artigo 28 do Código.

Em conclusão, a interpretação do § 5º do art. 28 do CDC deve ter o fito de evitar o desequilíbrio nas relações contratuais, princípio esse informativo de todo o sistema consumerista brasileiro. Em virtude de sua larga amplitude, deve ser encarado como cláusula geral do direito consumerista, a ser concretizada em cada caso individual, com o fito de se elucidar o próprio substrato fático-jurídico de desequilíbrio contratual e vulnerabilidade do consumidor, o qual legitima a aplicação dessa norma protetiva.

Com efeito, não se deve admitir que o consumidor, parte vulnerável da relação, remanesça desguarnecido de mecanismos legais aptos a possibilitar o seu ressarcimento na hipótese de o sócio poder arcar com a reparação do dano, assim como não deve propiciar vantagem ao consumidor em detrimento de prejuízo exagerado do sócio, o que enfraqueceria a própria norma, fragilizando

[63] NUNES (2011; p. 110/111)

os pressupostos do instituto por ela consagrado, inequivocamente inovadores em relação à clássica aplicação da *disregard doctrine*.

7. Considerações finais

Em conclusão, registramos a imprescindibilidade de que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica seja aplicado, no microssistema jurídico de defesa do consumidor, em consonância com os seus demais princípios e diretrizes básicas, encarando-se a norma expressa no § 5º do art. 28 do CDC como uma cláusula geral do direito das relações de consumo, a ser construída a partir da análise do caso concreto e da realidade que lhe é pressuposta, garantindo assim a superação da vulnerabilidade do consumidor e o equilíbrio das relações travadas entre este e o fornecedor.

A necessária sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro imprescinde, portanto, de duas considerações concernentes ao trato da matéria no Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, é imperioso distinguir as hipóteses de responsabilidade direta do sócio e de desconsideração da pessoa jurídica, de modo a não ser possível subsistir a atual redação do *caput* do art. 28 do CDC, que prevê, ao lado do abuso do direito, hipóteses em que é desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para se responsabilizar o sócio pelo dano causado.

Em segundo lugar, é necessário restringir a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica às hipóteses em que a responsabilidade da pessoa jurídica exsurgir de relação jurídica em que caracterizada vulnerabilidade do credor apta a justificar a aplicação do instituto protetivo, o que exige a particular análise da posição contratual tanto do consumidor, quanto do fornecedor. Desse modo, impõe-se aplicar a norma visando-se sempre ao equilíbrio das relações jurídicas, aspecto que se mostra relevante em se tratando, por exemplo, de fornecedor que se qualifique como empresário de pequeno porte, que merece tratamento protetivo pelo ordenamento, em virtude do disposto no art. 170, IX, da Constituição da República.

Nesse passo, é imperioso que a concretização da desconsideração da personalidade jurídica determinada exclusivamente com fulcro nos fundamentos da teoria menor, vale frisar, sem esteio na conduta antijurídica dos sócios, seja realizada tendo-se em vista o equilíbrio da ordem econômica e a observância aos princípios materiais do direito consumerista, que se balizam, sobretudo, pela superação da situação de vulnerabilidade do consumidor na relação contratual firmada.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *In Revista de Direito Renovar*, n. 18 p. 11-19, set/dez 2000.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica. *In:* BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.); SHIMURA, Sergio (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença, Volume 2*. São Paulo: Método, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Volume 2: direito de empresa*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Jorge Leal Spínola. O alargamento da *disregard doctrine* no Brasil e a responsabilização pessoal dos sócios no âmbito das sociedades empresariais limitadas: uma necessidade de sistematização pelo direito. *ADV: Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*. n. 9, p. 15-41, 2011.

FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BRASIL, Deilton Ribeiro. Aspectos relevantes (Materiais e Processuais) da Teoria da Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica. *In* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). *Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais*. Editora Limonad, 1998.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2009

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica. 1ª ed, 2002.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

LOVATO, Rafael. Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Teoria Maior e tese sobre a Teoria Menor. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. n. 1, v. 2, p. 199 a 234, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Jurídica Consulex*, ano XV, v. 15, n. 338, p. 66, fev, 2011.