



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do
Novo Código Civil e da Legislação Consumerista**

Flávio André Vianna Mathiasi

Rio de Janeiro
2012

FLÁVIO ANDRÉ VIANNA MATHIASI

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do
Novo Código Civil e da Legislação Consumerista**

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Dr. Nelson Tavares
Dra. Mônica Areal.
Dra. Neli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2012

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL E DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Flávio André Vianna Mathiasi

Graduado pela Faculdades Integradas Vianna Jr.
Advogado

Resumo: O presente trabalho examinará a desconconsideração da personalidade jurídica à luz do Código Civil e da Legislação Consumerista. Ato contínuo, a pessoa jurídica possui em regra autonomia própria, ocasião que determinados sócios usam tal prerrogativa para lesar os credores da pessoa jurídica. Com isso, o Direito vale-se de tal instituto com fins a suspender momentaneamente o seu ato constitutivo, buscando no patrimônio particular do sócio fraudador bens passíveis de saldar as dívidas contraídas pela pessoa jurídica. Outrossim, a desconconsideração foi recepcionada pelo Código Civil em seus contornos clássicos, devendo comprovar ou a fraude ou o abuso do direito. Já na Lei do Consumidor, basta à pessoa jurídica impor obstáculo para não cumprir suas obrigações para incidir o instituto fulcrado. Em remate, a desconconsideração poderá ser deferida no processo de conhecimento ou no de execução, sendo tratada com cautela nos tribunais de justiça.

Palavras-chave: pessoa jurídica – consumerismo – desconconsideração

Sumário: Introdução. - 1. Da Desconconsideração da Personalidade Jurídica. – 1.1 Da fraude e do abuso de direito. – 1.1.1 Da fraude. – 1.1.2 Do abuso do direito. – 1.2 Critério Objetivo e Subjetivo para o Manejo da Desconconsideração da Pessoa Jurídica. – 1.3 O Instituto do Código Civil de 2002 e a Teoria Maior. – 1.4. A Desconconsideração da Pessoa Jurídica no Código Civil de 2002. – 1.4.1. Desvio de finalidade. – 1.4.2. Confusão patrimonial. – 1.5. A Desconconsideração à Luz do Código de Defesa do Consumidor. – 1.5.1 Análise do art. 28 § 5º do CDC. – 1.5.2 A desconconsideração da personalidade jurídica e a teoria menor. – 2. Aspectos Processuais para o Manejo da Desconconsideração da Personalidade Jurídica. – 2.1. O poder discricionário do magistrado. – 2.2 O ônus da prova à luz do CPC e CDC. – 2.3 Momento processual para aplicar a desconconsideração. – Conclusão. – Referências.

INTRODUÇÃO

Inicialmente estudos elaborados por Elizabeth de Freitas¹ mostram que as pessoas jurídicas, constituem criação da lei refletindo assim uma realidade do mundo jurídico. Subdividem-se em pessoas jurídicas de direito público e direito privado. O enfoque deste estudo, será no tangente às pessoas jurídicas de direito privado, mais especificamente as sociedades, que são criadas por uma manifestação de vontade, assim como as fundações, associações e as organizações religiosas.

Destarte, isto só não é suficiente para as sociedades alcançarem a personalidade jurídica, devendo obedecer a diversas formalidades, tais como: “inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, que no caso da sociedade empresaria, a inscrição dar-se-á dará na competente Junta Comercial do Estado, precedida, quando necessária, de autorização ou aprovação do Poder Executivo; seu registro deverá conter, mediante averbação, todas as alterações por que passar o seu ato constitutivo. Com isso, após tomadas estas exigências previstas nos art. 45 c/c art. 985 do Código Civil de 2002, as pessoas jurídicas serão finalmente reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito e como tal, adquirem também obrigações que serão examinadas no decorrer deste estudo.

Como as sociedades são regidas por lei, à luz dos ensinamentos de Deonísio Koch², esta garante personalidade dissociada daquela de seus sócios, com fins a alcançarem fins próprios, ou seja, o lucro, sendo este distribuído entre as pessoas físicas de seus membros, após solvidas as transações comerciais advindas da sociedade com os seus respectivos credores. Não se poderá, assim, admitir que o ordenamento jurídico seja utilizado em prejuízo de outrem. Outrossim, ocorrendo tal apontamento, e for cabalmente constatado que houve a utilização desvirtuada da pessoa jurídica com o propósito de burlar, fraudar, terceiros de boa fé, o mesmo ordenamento jurídico que garantidor a sua proteção, irá aplicar a competente

¹ 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. 16-17.

² KOCH, Deonísio. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p.19-20.

sanção, ignorando sua autonomia própria e permitindo que seja desconsiderada, episodicamente, a sua personalidade jurídica, com o intuito de buscar no patrimônio dos sócios delinquentes, bens passíveis de saldarem os respectivos compromissos sociais que a sociedade adquiriu, sem prejuízos a outras sanções que poderão ocorrer com esses.

Dessa maneira, a autonomia própria da pessoa jurídica aduzida acima, em seus aspectos econômicos, observa-se que há uma tendência, nos dias atuais, das sociedades se organizarem limitadamente.

Corroborando tal assertiva Joaquim P. Muniz³, possui o seguinte posicionamento ora transcrito:

Os sócios preferem organizar suas empresas na forma de sociedade limitada porque, caso a sociedade não tenha recursos para cumprir com todas as suas obrigações pecuniárias, os credores não poderão recorrer ao patrimônio pessoal dos sócios para saldar as dívidas sociais. Em outras palavras, os credores assumem o risco do não pagamento de seus créditos, em caso de insolvência da sociedade.

Adentrando propriamente na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, à luz dos ensinamentos de Elizabeth de Freitas⁴, é de se vislumbrar que foi criada a partir de decisões dos tribunais ingleses e norte-americanos (common law), com o intuito de neutralizar os crescentes desvios de funções que estavam imperando, já no século XIX, como reflexo da Revolução Industrial. Naquela época, a pessoa jurídica era corriqueiramente utilizada como instrumento de fraude contra terceiros. Constata-se que o instituto ora em comento, se propagou rapidamente ao redor do mundo sendo conhecido na legislação inglesa como *disregard of legal entity*, na legislação alemã como *Durchgriff*, na legislação italiana como *superamento della personalit * e na brasileira como desconsideração da personalidade jurídica.

³ MUNIZ, Joaquim P. Princípio da autonomia patrimonial e a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Empresarial - IBMEC*, Rio de Janeiro, p. 145-168, 2003.

⁴ FREITAS, *op. cit.*, p. 57.

No Brasil, o direito aplicou o instituto preconizado na Inglaterra com determinadas particularidades inerentes ao sistema civilista e consumerista. Desta feita, alguns doutrinadores possuem uma visão mais abrangente sobre o tema, aduzindo que qualquer responsabilização de uma pessoa pelas obrigações sociais de uma pessoa jurídica se coaduna no conceito da superação da personalidade. Já outros possuem um posicionamento mais restrito, atrelando o conceito a pressuposta fraude e abuso de direito, com a manipulação da pessoa jurídica para lesar terceiros.

Destarte, não há ainda um posicionamento sedimentado na doutrina, cabendo ao magistrado decidir qual a opção que mais lhe convém, analisando os pressupostos do caso em concreto, bem como as provas produzidas pelas partes, para ao final ser dado ou não provimento ao requerimento aviado pela parte em desconsiderar a personalidade jurídica da empresa.

Outrossim, é de se destacar a incidência da desconsideração da personalidade jurídica no Código de defesa do Consumidor. Após um estudo sistemático à luz da legislação 8078/90, conclui-se que o instituto ora em comento, é possível apenas nas seguintes hipóteses: infração à lei, abuso de direito, excesso de poder, fato ou ato ilícito, ou ainda, violação dos estatutos ou contrato social.

Processualmente para detectar o instituto em epígrafe, o julgador deverá seguir inúmeras regras, tornando-se, assim, tarefa laboriosa por parte daquele, haja vista, vigorar em toda e qualquer ação, o importante princípio do contraditório e da ampla defesa, esculpido na Carta da República, mais precisamente em seu art. 5, LV, pois caso o julgador não der a oportunidade da contraparte se manifestar sobre as imputações levantadas a seu desfavor, isso seria uma afronta a tal princípio, ocasionando assim além do cerceamento de defesa da parte, o que é defeso no direito brasileiro, a nulidade processual caso for levantado isso em sede de recurso perante o competente Tribunal.

Em remate, o instituto em tela é uma exceção à regra da autonomia da personalidade jurídica, ou seja, tal desconsideração, só pode ser aplicada a casos singulares, extraordinários, quando se fizer mau uso da pessoa jurídica, e que a desconsideração, não tem como preceito fundamental a extinção de determinada empresa, e sim uma suspensão momentânea da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se for verificado que determinada instituição serviu de instrumento para a prática de atos fraudulentos ou abusivos, sempre seguidas hipóteses elencadas em lei.

Nesse diapasão, a desconsideração da personalidade jurídica tem como escopo, trazer novas garantias aos credores e mais segurança para eles implementarem os seus negócios com pessoas jurídicas. É dada essa afirmação, pois o cerne desse instituto é justamente evitar que terceiros não sejam lesados pelos artifícios fraudulentos dos sócios que visam enriquecer-se ilicitamente à custa daqueles, aplicando assim, a competente advertência.

1. DA DESCONSIDERACAO DA PERSONALIDADE JURIDICA

De início, desde os primórdios da civilização, o ser humano sempre foi insatisfeito por natureza. Dessa maneira, estudos elaborados por Deonísio Koch⁵ mostram que a primeira meta a ser alcançada por ele, seria a busca pela sobrevivência, sem sequer imaginar a existência de outras necessidades. Enquanto possuir fome, os humanos não sentirão necessidades de expandirem seus horizontes, tais como, artigos de luxo ou opções de lazer.

Destarte, caso tal meta supramencionada for superada, buscaram outras, talvez uma residência, um lar, enfim, um componente do conforto. Com isso é de se verificar que o homem jamais se sentirá plenamente realizado ou satisfeito, havendo assim, sempre novo patamar a ser alcançado. Não obstante tal insatisfação, há determinadas situações em que o ser humano encontra-se fragilizado, reconhecendo suas limitações, oportunidade que criam

⁵ KOCH, Deonísio. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Florianópolis: Atual, 2005. p. 2.

associações para suprimir essas debilidades existências. Com isso, a solução foi reunir recursos e esforços criando assim uma entidade distinta, com vida e patrimônio próprio para atingir os seus objetivos mais ambiciosos. Dessa maneira, surge a estrutura básica da pessoa jurídica, que em síntese possui vida própria, patrimônio autônomo, detenção de direitos e deveres, possibilidade de atuar em juízo tanto no vértice ativo como no passivo.

Por conseguinte, com o passar dos tempos, a pessoa jurídica começou a desvirtuar-se dos fins propostos em seus respectivos estatutos lesando assim terceiros de boa-fé. que pactuavam transações com estas empresas.

Segundo Elizabeth de Freitas⁶, o marco inicial da aplicação da *disregard doctrine* foi ao início do século XIX:

No âmbito da *common law*, especialmente a norte-americana, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pôde desenvolver-se, inicialmente na atuação dos juízes por meio das decisões jurisprudências. No início do século XIX, no ano de 1809, o juiz Marshall conheceu de uma causa entre o Bank of United States e Deveaux, na qual suscitava questão sobre a jurisdição das Cortes Federais. Mesmo não cabendo aqui discutir o mérito da decisão, que, segundo notícias, foi repudiada por uma parcela significativa da doutrina, importa salientar o fato de que, já em 1809, as Cortes norte-americanas empenhavam-se em erguer o véu para alcançar e considerar as características dos sócios individuais.

Mister salientar que a desconsideração da pessoa jurídica em sua origem, tinha como pressupostos fundamentais dois elementos caracterizadores, quais sejam, a fraude e abuso de direito, ocasião em que serão analisados em tópico específico.

Corroborando o posicionamento supra é de se verificar o que Deonísio Koch⁷ arguiu a respeito disso: “já vimos que a desconsideração da personalidade jurídica, na sua acepção original, só é possível diante da intenção do sócio de utilizar intencionalmente a entidade como instrumento de fraude. Há, portanto o elemento volitivo. É pressuposto básico”.

⁶ FREITAS, *op. cit.*, p. 57-58.

⁷ KOCH, *op. cit.*, p. 39.

No Direito Brasileiro, percebe-se que houve dificuldades em amoldar o instituto em apreço, que surgiu em países que são adeptos da *commom law*, ao nosso sistema haja vista nossa tradição ser influenciada pelo Direito Positivo, onde o juiz julga basicamente com respaldo nas leis.

Tal menção é confirmada com o seguinte posicionamento de Deonísio Koch⁸:

Assim, é de reconhecida dificuldade o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica neste sistema jurídico, marcado pela mens legis, regras positivadas, o que, por certo, criou alguns entraves e retrocessos, na implementação da medida. É por isso que, atualmente, o nosso ordenamento jurídico está repleto de normas expressas que recomendam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em hipóteses que especifica, com se fossem necessárias tais normas. Esquecem os legisladores que a teoria pode ser aplicada, independentemente de norma expressa, desde que se reúnam os seus pressupostos. A forma positivada foi uma resposta à vacilação dos tribunais em aplicar a teoria com base na *common law*. Exigia-se uma autorização legal. Hoje já dispomos de normas que expressamente autorizam a aplicação de tal medida, como, por exemplo, o Código de Defesa do consumidor, e mais recentemente, o artigo 50 do Novo Código Civil.

Nos dias atuais, apesar de tal controvérsia estar praticamente pacificada na doutrina, outras divergências surgem nos tribunais brasileiros no tangente a aplicação do instituto em foco à luz do caso em concreto, oportunidade em que será analisada ao longo do presente estudo.

1.1 Da Fraude e do Abuso de Direito

1.1.1 Da fraude

Inicialmente, vislumbra-se ser necessário tecer algumas considerações sobre o instituto da fraude. Destarte, estudos feitos por Elizabeth Freitas⁹, mostram que a fraude consiste em

⁸ *Ibidem*, p. 47-48.

⁹ FREITAS, *op. cit.*, p. 223.

um tipo de manobra feita por um individuo com fins de ocasionar prejuízo a um terceiro de boa-fé. Esse sócio/individuo antes de executar um ato, possui a intenção de enganar um determinado credor causando-lhe um dano. A fraude difere dos demais vícios jurídicos, posto que, este instituto, tem como escopo a má-fé ou malícia do devedor em produzir o dano ao credor.

Dessa maneira, agrega-se à fraude o prejuízo que este tem que causar ao devedor de boa-fé, pois caso não ocorra à fraude concomitantemente com o prejuízo almejado, constata-se que não se aplica o instituto em comento, posto que, a parte devedora não terá como comprovar a afirmação no tangente ao desvio de função da pessoa jurídica, incumbência esta a seu cargo.

Para corroborar as elucidações ditas no tocante a fraude, é de se destacar o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho¹⁰, citado por Koch, ao inserir a fraude como norte da desconsideração da personalidade jurídica:

Pressuposto inafastável da desconsideração episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insuficiência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a SUS desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora.

Em remate, conclui-se que o pressuposto fundamental para que o magistrado aplique o instituto em comento é o desvio de função da pessoa jurídica, que se constata quando ocorre a fraude com o respectivo prejuízo a parte credora.

1.1.2 Do abuso do direito

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, *apud* KOCH, *op. cit.*, p. 41.

Já o abuso de direito é o segundo pressuposto mais relevante que se opera a desconsideração da personalidade jurídica.

Consultando algumas doutrinas, verifica-se que o conceito mais apropriado para caracterizar o abuso do direito é o colocado por Deonísio Koch¹¹ em sua obra, como:

O abuso, em qualquer plano, está relacionado à idéia de excesso, de comportamento não autorizado, de uso inadequado de uma confiança; logo, abuso do direito pode ser considerado como exercício irregular de um direito pelo seu titular, exercício excessos, visando prejudicar terceiros em proveito próprio.

No mais, de acordo com os estudos feitos por Elizabeth Freitas¹², o abuso do direito deve ser examinado juntamente com a função social do estado que é tutelado pelo Direito, tendo como prerrogativa o bem estar da sociedade. Configura o abuso do direito, quando determinada pratica foge à normalidade, com a intenção de causar prejuízo à terceiro de boa-fé, sendo o ordenamento jurídico o apto a aplicar a devida sanção ao caso em concreto.

1.2. Critério Objetivo e Subjetivo para o Manejo da Desconsideração da Pessoa Jurídica

Examinando o instituto ora em comento, à luz dos ensinamentos de Deonísio Koch¹³ e de Elizabeth de Freitas¹⁴, é de se constatar que existem dois critérios diversos que serviram para embasá-lo, quais sejam, o objetivo e o subjetivo. No que tange o elemento subjetivo, para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica incidir ao caso em concreto, deverá configurar duas características fundamentais: haverá a necessidade do julgador identificar tanto a fraude contra credores ou o abuso de direito praticado pela pessoa jurídica. Com isso percebe-se que será analisada a intenção do agente no caso dessa vertente.

¹¹ *Ibidem*, p. 41.

¹² FREITAS, *op. cit.*, p. 225.

¹³ KOCH, *op. cit.*, p. 55-58.

¹⁴ FREITAS, *op. cit.*, p. 97-98.

Já o critério objetivo, será verificado tão somente o dano em si pouco importando na vontade o agente ao praticar manobras irregulares em nome da empresa jurídica. Com isso é de se observar que o critério subjetivo é aplicado perante o Código Civil de 2002 e o critério objetivo aplica-se perante a Legislação Consumerista.

1.3 O Instituto do Código Civil de 2002 e a Teoria Maior

Já no que concerne à teoria maior, verifica-se que é a que mais se amolda no instituto objeto de estudo e a que foi adotada pelo código Civil. Destarte, para essa vertente a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica requer a constatação de pressupostos específicos, quais sejam, a prova inequívoca de abuso do direito ou da fraude, para que seja adotada esta medida, que somente é aplicada em casos excepcionais. Aplica-se a superação da pessoa jurídica, com fins romper a sua autonomia patrimonial da empresa buscando assim nos bens particulares de seus sócios valores suficientes para quitar as dívidas adquiridas pela pessoa jurídica.

Segundo Koch¹⁵, externa a seguinte posição a respeito desse assunto:

Não é a simples falta de fundos das sociedades que justifica o chamamento dos recursos particulares dos sócios para fazer frente aos compromissos assumidos pela pessoa jurídica. Em regra os bens da sociedade respondem pelas obrigações da sociedade e os bens particulares dos sócios pelas dívidas pessoais. A desconsideração da personalidade jurídica prende-se aos requisitos básicos sempre envolvendo práticas de fraude ou abuso de direito como o uso injusto da coraça da personalidade jurídica. Como visto, há uma tendência clara e inequívoca de que a doutrina e jurisprudência majoritárias adotaram a teoria maior com relação à quebra da autonomia da personalidade jurídica para envolver os bens particulares diante dos encargos sociais.

Dessa maneira, é de se constatar que a teoria maior apresentada nesse tópico é a que foi adotada no Código Civil de 2002, ocasião que tal será desenvolvida ao longo deste trabalho.

¹⁵ KOCH, *op. cit.*, p. 58.

1.4 A Desconsideração da Pessoa Jurídica No Código Civil De 2002

Antes da nova dinâmica adotada pelo novo Código Civil no tangente à desconsideração da Personalidade Jurídica, este instituto segundo estudos feitos por Maria Helena Diniz¹⁶, era objeto de várias críticas por parte da doutrina, posto que estabelecia a exclusão do sócio responsável pelo ilícito praticado pela empresa. Com isso percebe-se que tal menção não atende os objetivos da Teoria da Superação. Desta feita, será transcrito a redação original do caput do atual artigo 50, expressa segundo nota de Maria Helena Diniz¹⁷ que:

A pessoa jurídica não pode ser desvirtuada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura a prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou tais sejam as circunstâncias, a dissolução da sociedade.

Entrementes, com o advento do Código Civil de 2002, tal dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Artigo 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe 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.

É de se constatar, que o instituto em apreço, neste particular vem com fins a reprimir o abuso no manejo da personalidade jurídica das empresas, fundamento este que teve como origem a própria teoria da superação. Destarte, vê-se que o direito acolhe a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seus contornos clássicos.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Desconsideração da pessoa jurídica. In: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60-63.

¹⁷ *Ibidem*, p. 61-62.

O abuso da personalidade jurídica à luz dos ensinamentos de Deonísio Koch¹⁸, poderá ser objeto de prova pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Verifica-se que a dinâmica adotada pelo código civil de 2002, não acolhe a vertente objetiva, que em síntese aduz que será analisado tão somente o dano que o agente causou, pois a confusão patrimonial não é meio bastante para a aplicação do instituto em foco, sendo apenas uma forma de comprovar o abuso da pessoa jurídica, que ocorre nas hipóteses de fraude e do abuso de direito.

Outrossim, para que o julgador aplique a Desconsideração da personalidade jurídica no caso em concreto, torna-se mister a parte provar o abuso da personalidade jurídica, que comprovado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

Os novos parâmetros adotados pelo Novo Código Civil, aduzem de maneira clara que a teoria da superação não mais dissolve a entidade jurídica, mais tão somente suspende momentaneamente a autonomia da pessoa jurídica ampliando os efeitos das obrigações os sócios que praticaram os requisitos elencados no caput do art. 50 do CC/02.

1.4.1 Desvio de Finalidade

No que tange ao desvio de finalidade, estudos elaborados por Koch¹⁹, demonstram que se configura o mesmo quando há o afastamento dos objetivos sociais previstos em lei, ou seja, quando há o lucro de maneira ilícita, permitindo assim o emprego da desconsideração da pessoa jurídica, oportunidade que irá suspender momentaneamente a autonomia da sociedade com fins a buscar no patrimônio particular dos sócios numerário suficientes para garantir os direitos de terceiros a quem se pretendia lesar.

¹⁸ KOCH, *op. cit.*, p. 169.

¹⁹ *Ibidem*, p. 171.

O desvio de finalidade é analisado com muita propriedade por Deonísio Koch, que dá o seguinte exemplo a respeito do tema:

Ocorre com freqüência de a sociedade se constitui, operar efetivamente por um período, desempenhando as suas atividades sociais e, em determinado momento, tendo angariado fundos de terceiros que julgue o suficiente, encerrar as portas do estabelecimento sem liquidar as suas obrigações sociais, desaparecendo os sócios para endereços ignorados, deixando no desamparo todos os credores que confiavam na sua aparência idônea. É o que podemos chamar de dissolução irregular da sociedade. Nessa hipóteses, a pessoa jurídica operou também com desvio de finalidade. Enquanto os sinais externos revelavam uma organização idônea, capaz de honrar com suas obrigações sociais, incentivando as parceiras comerciais, o verdadeiro objetivo era transformar a pessoa jurídica em instrumento para lesar credores, locupletando-se os sócios delinqüentes. Desde o início, o intento era dar um golpe no mercado.²⁰

Desta feita, para ser configurado o desvio de finalidade, este sempre terá como resultado uma fraude, um ato ilícito que macule com as atitudes da pessoa jurídica perante seus credores resultando assim prejuízos a eles.

1.4.2 Confusão Patrimonial

Verifica-se que a pessoa jurídica possui autonomia patrimonial, sendo que os seus bens são desvinculados dos bens particulares de seus sócios. Entrementes, há determinadas situações em que os bens, os créditos, da empresa jurídica se “misturam” com os bens particulares de seus sócios, configurando assim o que a doutrina chama de confusão patrimonial. A confusão patrimonial pode se causar sérios prejuízos a credores e a terceiros, na medida em que os bens da pessoa jurídica são transferidos para o domínio dos sócios, diminuindo a garantia daqueles, com a conseqüente pratica de fraude.

²⁰ *Ibidem*, p. 172.

Para Koch²¹ são exemplos de confusão patrimonial que com mais frequência aparece no ordenamento jurídico brasileiro:

Na prática, podemos identificar algumas situações que denotam uma confusão patrimonial em potencial: a sociedade entre marido e mulher (vedada pelo novo Código Civil, quando o casamento for celebrado em regime de comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória, art. 977), principalmente com a distribuição desproporcional das quotas, cabendo a um dos conjugues uma participação ínfima, simbólica, do capital; a constituição de firma individual; e a associação entre sociedades controladoras e controladas, sem que fique estabelecida claramente a divisão patrimonial entre elas”.

Em remate, verifica-se que oportuno mencionar o que entende Deonísio Koch²² chegou a respeito da confusão patrimonial:

Evidentemente, a confusão patrimonial referida no artigo 50 do CC presume o abuso da personalidade jurídica e uma conseqüência lesiva a terceiro, gerando motivo para a desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto a confusão patrimonial não venha desguarnecer a garantia de quem quer que seja, o fato se restringe ao âmbito administrativo, não gerando interesse processual, mormente no que se refere à superação da personalidade jurídica”.

Dessa maneira, é de se concluir que para o magistrado decreta a desconsideração da pessoa jurídica à luz do Código Civil, ele deverá analisar de forma minudente o caso concreto, pois não é fácil o requerente desta medida excepcional, colacionar nos autos provas idôneas do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, pressupostos estes adotados, como dito, pela teoria maior.

²¹ *Ibidem*, p. 174.

²² *Ibidem*, p. 175.

1.5 A Desconsideração à luz do Código de Defesa do Consumidor

Analisando o Código de defesa do Consumidor, no concernente ao tema objeto de estudo, verifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica possui respaldo no art. 28 do mesmo Codex, oportunidade ora transcrito:

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”.

§1: (VETADO)

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

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

§4: As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

É válido mencionar, segundo estudos elaborados por Elizabeth de Freitas²³, que da leitura o artigo em pauta, constata-se que o mesmo dita três grupos de situações, que permite aplicar a desconsideração da pessoa jurídica. O primeiro grupo engloba os casos abuso de direito, excesso de poder, fato ou ato ilícito, ou ainda, violação dos estatutos ou contrato social, ou seja, impera situações que em há lesão dos interesses do consumidor. No que tange ao segundo grupo, destacam-se hipóteses em que ocorre a “má administração” da pessoa jurídica, ou seja, quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica. Já no último grupo, insere-se situações em que o consumidor encontra dificuldades de ressarcimento de prejuízos causados por uma pessoa jurídica, posto que, esta

²³ FREITAS, *op. cit.*, p. 19.

empresa faz manobras criando obstáculos para não cumprir com a sua parte na prestação de serviço avençada, sendo que é este grupo objeto de exame do trabalho em tela.

1.5.1 Análise do Artigo 28 § 5º do CDC

Segundo Elizabeth de Freitas²⁴, quando examinou o parágrafo quinto do artigo 28 do CDC, constatou que a pessoa jurídica, nesse caso, estaria representando um impasse à imediata indenização dos consumidores, pelo fato de não dispor dos recursos necessários a quitar suas obrigações.

Destarte, uma hipótese ensejadora deste instituto, seria a de uma sociedade que possui poucos bens, e estes não possuem liquidez, ou seja, serem de difícil comercialização, ou que estes já estariam comprometidos a credores pignoratícios ou objeto de penhora, ocasião em que o julgador analisando o caso concreto, não poderá fazer com que o consumidor espere a liquidação do acervo dos bens societários para que seus créditos sejam quitados, aplicando assim, a desconsideração da pessoa jurídica com fins a buscar no patrimônio pessoal dos sócios da empresa bens passíveis de saldar as obrigações advindas da sociedade.

Desta feita, vislumbra-se que nesta hipótese, trata-se da desconsideração da pessoa jurídica expressa em lei, não tendo como pilares os requisitos básicos que sustentam toda a construção jurídica da teoria, tais como não há fraude, abuso de direito, e sim uma disfunção que é punido com este instituto, bastando assim que se configure um obstáculo ao ressarcimento ao crédito do consumidor.

Corroborando a alegação supra, vejamos o que externou Elizabeth Campos²⁵:

Enfim, pela leitura do §5 do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor é possível observar que o legislador objetivou obstar que os efeitos da

²⁴ *Ibidem*, p. 216-217.

²⁵ *Ibidem*, p. 215.

personificação sejam algum tipo de entrave ao ressarcimento do consumidor. Não se quis tratar da necessidade da ocorrência de fraude, para que a desconsideração possa ser aplicada. Esse posicionamento seria ultrapassado. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tradicional, do Direito Comercial foi aprimorada. Ela não pode mais ser analisada meramente como forma de se punir a má-fé e sim a disfunção.

Concluindo, vislumbra-se que o parágrafo objeto de estudo, foi construído, como forma de tutelar e proteger os direitos do consumidor, caso a pessoa jurídica esquivar-se de ressarcir os prejuízos aos consumidores, dando ao consumidor a oportunidade de requerer a desconsideração da pessoa jurídica. Todavia, verifica-se que tal requerimento não poderá ser aplicado de forma abrangente, sem as devidas cautelas e ressalvas, haja vista em momento algum o instituto em comento, perdeu sua principal característica que é a exceção a regra, ocasião em que sempre deverá ser observado os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

1.5.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Teoria Menor

No que tange a Teoria Menor, esta não possui em seu cerne, o elemento fraude ou abuso de poder por parte da pessoa que se esconde atrás da pessoa jurídica para lesar os credores. Esta vertente tem como fundamento maior, o obstáculo que a pessoa jurídica cria para que os seus credores não satisfaçam sua pretensão. Desta feita, para a Teoria em foco, conclui-se que o simples fato de uma pessoa jurídica não dispor de numerário suficiente para quitar suas obrigações é indicação para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, não havendo assim, a necessidade de se questionar se houve uso da fraude ou abuso de direito por parte de um dos sócios da empresa com fins a lesar terceiros de boa-fé bem como seus credores.

Constata-se que os Tribunais de nosso país, vem adotando a Teoria Menor, que é uma exceção a regra geral, na situação supra descrita, entretantes, tem-se que verificar que esta

teoria vem contrariar a principal característica da pessoa jurídica é a sua autonomia patrimonial.

Sobre essa teoria aduz Deonísio Koch²⁶:

A aplicação da teoria menor representa um desestímulo para a captação de recursos populares, reunindo-os em entidades personalizadas, para a criação de riquezas. Cria insegurança entre os aplicadores. Se um potencial investidor é sabedor de que, ao investir em certo valor numa empresa, comprando ações ou quotas, num eventual insucesso terá comprometido todo o seu patrimônio particular para saldar dívidas sociais, sem o estabelecimento de qualquer proporção com o montante investido, certamente se absterá de investir, pois assumiria o grande risco de perder o seu patrimônio particular em troca de obter um provável lucro, que poderá, inclusive, ser irrisório.

Confirmando os dizeres supra, impende mencionar a decisão emanada pelo STJ que entendeu pela aplicação da Teoria Menor na fixação da responsabilidade, na defesa do direito do consumidor, senão vejamos:

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 menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de defesa do consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, §5.

“a aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5 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 á prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores”. RESP 279273/SP – Recurso Especial n. 2000/0097184-7-Rel. Min. Ari Pargendler- Relator para acórdão Min, Nancy Andrichi – julgado em 04/12/03 – DJ 29/03/20054 – 3 T. STJ.

Desta feita, constata-se que a desconsideração da pessoa jurídica à luz da teoria menor aplicada nas relações consumeristas, se afasta por completo da gênese do instituto surgido na Inglaterra e preconizado pelo código civil, que melhor se amolda ocasião que basta apenas a simples insolvência da empresa para que seja desconsiderada a pessoa jurídica desta, com o

²⁶ KOCH, *op. cit.*, p. 56.

argumento de proteger os interesses do consumidor, que é a parte mais fraca na relação travada com o fornecedor.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS PARA O MANEJO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA

2.1. O Poder Discricionário do Magistrado

Compulsando detidamente o caput do artigo 28 do CDC, bem como o caput do artigo 50 do nCC, vislumbra-se que o magistrado “poderá” desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando ensejar as hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, é de se constatar que o verbo *poderá* nos remete a uma faculdade que o julgador possui e não um dever, ocasião que ele usará de seu convencimento para decretar ou não o instituto objeto de estudo. Conclui-se então que essa faculdade é chamada de ato discricionário.

Em termos jurídicos, Carvalho Santos citado por Elizabeth Freitas²⁷ em sua obra, conceitua como sendo ato discricionário:

Aquele ato do agente do estado não determinado por uma regra especial jurídica, ou praticado dentro dos limites, mais ou menos extensos, de seu poder de opção entre o agir desta ou daquela maneira..... Ao discricionário se aplica, apenas e com justeza, o conceito específico da elasticidade.....

Não obstante, o magistrado deter o poder discricionário para apreciar subjetivamente o caso *sub judice*, esse não pode ir contra os aspectos atinentes a matéria e nem afrontar o bem social.

Corroboram com tal assertiva as palavras de Maria Zanella DI Pietro²⁸, que externa a seguinte posição:

²⁷ SANTOS, J. M. Carvalho, *apud*, FREITAS, *op. cit.*, p. 247.

O grau de discricionariedade continua a depender da forma como a competência legislativa é atribuída ao legislador. E a discricionariedade continua a ser poder jurídico, porque exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos do cidadão em face do poder público.

Dessa maneira, verifica-se que o nosso ordenamento jurídico permite ao magistrado examinar subjetivamente a desconsideração da pessoa jurídica, entretanto, as suas determinações terão que pautar-se com a lei, bem como obedecer à equidade, aos princípios norteadores do direito e os limites ditados pelo caput do artigo 28 do CDC, bem como do caput do artigo 50 do nCC.

Outrossim, alguns doutrinadores afirmam ser uma faculdade do julgador, ou seja, um ato discricionário, que o mesmo detém para decretar ou não a desconsideração da pessoa jurídica, verifica-se que tal assertiva não se enquadra quando o magistrado detém em mãos, uma situação em que um credor pleiteia o instituto em comento, e instrui os autos do processo com provas substanciais de que uma sociedade fraudou, abusou dos direitos inerentes à sua pessoa jurídica, assim prejudicando a terceiros, ocasião em que esta faculdade, passa a ser uma obrigação que o juiz possui de decretar a desconsideração da personalidade de tal empresa objetivando a aplicação do direito de forma correta, fazendo assim, valer a justiça para aqueles que não agem com boa-fé. É de se afirmar isso, pois caso persistir o ato discricionário do magistrado escudado no caput do artigo 28 da legislação do consumidor, bem como do caput do art. 50 do CC/02 na situação supramencionada, ele poderá procrastinar o feito ou até mesmo deixar de aplicar aquela sanção, podendo ocasionar maiores prejuízos a figura do credor, que não terá como ver seu crédito satisfeito.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

2.2 O Ônus da Prova á Luz do CPC e CDC

Analisando o código de processo civil, não se poderia deixar de mencionar sobre o instituto do ônus da prova localizado ex vi do art. 333 do CPC, oportunidade que incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, bem como o réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O ônus da prova, também é encontrado, no inciso VIII do artigo 6º, citado *in verbis*²⁹ :

VIII: facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

A inversão do ônus da prova elencada no CDC, é um meio para resguardar a parte mais fraca da relação de consumo, em casos previstos em nosso ordenamento jurídico. Consoante posição de Humberto Theodoro Júnior³⁰:

Por admitir que, em geral, o consumidor é a parte fraca o mercado de consumo, a lei inclui entre as medidas protetivas que lhe são proporcionadas a da possibilidade de inversão do ônus da prova. Mas o inciso VIII do artigo 6, do CDC, autoriza essa providencia apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência

Fazendo um paralelo do ônus da prova no concernente ao CPC e ao CDC, vislumbra-se que é mais fácil de compreender tal assertiva pelo seguinte exemplo ora escrito: caso uma determinada consumidora interpuser uma demanda em desfavor de uma empresa fornecedora de produtos, e provar ser vulnerável e hipossuficiente, e no curso do processo ocorrerem as hipóteses ensejadoras para a autora aviar o requerimento de desconsideração da pessoa jurídica daquela empresa, o juiz poderá com fulcro no art. 6, VIII, do CDC inverter o ônus da

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil (CPC)*. 12. ed. atual. até 01.08.2011. Curitiba: Juruá, 2011. p.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 134.

prova em desfavor do réu/fornecedor, fazendo com que ele, além de provar quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, caso invocá-los, também produza as provas com o intuito de desconstituir as alegações feitas pelo consumidor.

Como conclusão deste tópico, é de se destacar as palavras externadas por Theodoro Júnior³¹ em sua obra que: “por tudo examinado, verifico que no art. 6, VIII, o CDC não institui uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei”.

Desta feita, fica a cargo do consumidor demonstrar ao julgador que ele enquadra na situação em que o ordenamento jurídico permite a aplicação do instituto do ônus da prova em seu caso, pois caso não for aplicado, ele não terá como comprovar suas alegações descritas em sua peça, podendo ocasionar maiores danos do que já causados pela empresa a ele.

2.3 Momento Processual para Aplicar a Desconsideração

Após um estudo sistemático, é de se constatar que não há um momento exato, para que o instituto em comento seja aplicado, ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser manejada tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução, não vinculando assim, o julgador a um momento específico para decretá-lo e sim ao material probatório que a parte carrega aos autos comprovando os pressupostos fundamentais para a decretação desta medida.

Para, Thereza Cristina Nahas³², ao ser citada por Koch, comenta sobre o assunto antes exposto, nos seguintes termos:

³¹ *Ibidem*, p. 140.

³² NAHAS, Thereza Christina, *apud*, KOCH, *op. cit.*, p. 179-180.

Não há, rigidamente, um momento processual. (...) Se autor possuir fundados motivos para requerer a desconsideração da pessoa jurídica logo no momento da propositura da ação de conhecimento, poderá fazê-lo.(.....)Se, no momento da propositura da ação, o autor não possuir razões para pedir a desconsideração da pessoa jurídica, a ação será proposta apenas contra o ente moral, parte na relação negocial de dinheiro material. No entanto, se, no transcorrer do processo de conhecimento ou de execução, se verifica qualquer das hipóteses fáticas autorizadoras da desconsideração da pessoa jurídica, poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar a quebra do princípio da autonomia patrimonial, afim de que os sócios e/ou administradores respondam na qualidade de responsáveis secundários.

Com respeito a essa divergência, assim já decidiu no Tribunal de Justiça de Minas

Gerais:

EMENTA: desconsideração da personalidade jurídica –Processo- Ampla produção de prova....

“A desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser decretada em processo de conhecimento movido para esse fim, onde se dê à parte a oportunidade de ampla produção de prova”.³³

EMENTA: agravo de instrumento – Execução – Pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica da executada – Prova suficiente- Desnecessidade da prévia instalação de processo de conhecimento. “entendendo o d. juiz primeiro que as alegações do agravante vieram acompanhadas de prova suficiente que confere guarida às suas alegações, será lícito, sob o aspecto processual, o acolhimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica e o conseqüente deferimento da penhora em bens de propriedade do sócio da sociedade executada ou até mesmo da empresa interessada, sem que para tanto seja necessária a prévia instalação de um processo de conhecimento”.³⁴

Perlustrando alguns julgados em outros Estados, percebe-se que há muitas decisões que afirmam ser a fase executória como mais adequada para se manejar esse instituto. Transcreve-se, abaixo, uma decisão de Agravo de Instrumento, nesse sentido

Processo Civil. Processo de execução. Sociedade Comercial. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Factível a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial, com inclusão de seus sócios

³³ MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento* nº 1.0024.04.359593-2/001(1). Relator Des. Antônio de Pádua. Agte.: Cooperativa de Crédito do Vale de Gortuba Ltda. – Agda.: Vib. Bel. – Serviço de Vigilância Ltda. – Julgado em 21 de fev. 2006. Publ. DJ 29 abril 2006.

³⁴ MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento* nº 20000.00.442269-7/000(1). Relator: Des. Osmando Almeida. – Agte.: Distribuidora de Bebida Ltda. – Agda.: Refrigerante Minas Gerais Ltda. – Julgado em 01 jun. 2004 – DJ 30 jun. 2004.

no pólo passivo a demanda, quando há fortes indícios de ocorrência de distrato irregular não levado a efeito à Junta Comercial.³⁵

Enfim, a decisão que decreta a desconsideração da personalidade jurídica, possui natureza interlocutória, ocasião que é manejável o recurso de agravo de instrumento, que possui efeito suspensivo, caso a parte requerê-lo, sendo processado perante o competente Tribunal de Justiça.

Em sede de conclusão, observa-se que não possui um momento específico para que seja analisada a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim o julgador quando decretá-la, deverá oferecer ao devedor, oportunidade de exercer o seu direito de defesa baseado nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem o qual, o procedimento em epígrafe padecerá de um vício insanável, ocasião que o processo será anulado no que tange a esta decisão. No mais, é de se examinar que o magistrado poderá se valer do instituto em tela, quando o autor comprovar por prova inequívoca os pressupostos ensejadores para decretar tal medida, não importando se o processo está na fase de conhecimento ou na fase de execução.

CONCLUSÃO

Após realizado este estudo, verifica-se primeiramente que a desconsideração da personalidade jurídica, é aplicada em caráter excepcional, ou seja, a autonomia da pessoa jurídica é que prevalece. Esta teoria, não foi criada para acabar com a estrutura sólida da pessoa jurídica que existe há séculos e sim para evitar que a pessoa jurídica seja utilizada para a prática de fraudes.

O uso da vertente da superação da pessoa jurídica circunscreve-se ao ato considerado como lesivo a credores e a terceiros de boa-fé, que realizam transações com pessoas jurídicas

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). Agravo de Instrumento nº 20000.04.01.13482-5/RS. Relato Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. – Agte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. – Agda.: Agrocomercial DJA S/A Máquinas e Implementos – julgado em 19 set. 2011. DJ 31 out. 2001.

e estas não cumpre seus compromissos. É episódica e circunstancial, posto que deverá ser analisado o fato gerador para o seu uso, ou seja, somente alcançando o fato diretamente relacionado à fraude ou ao abuso de direito com o uso da autonomia da pessoa jurídica é que o julgador deverá se valer desse instituto como forma de sanção e advertência para os sócios que praticaram este ilícito, ocasião em que o magistrado buscará em seus patrimônios particulares numerário suficiente para quitar as dívidas da empresa. Com isso verifica-se que a empresa constituída não será abalada por este instituto e que os demais atos praticados por ela serão válidos para todos os efeitos no ordenamento jurídico bem como os sócios que não deram causa para aplicação da teoria da superação, não terão seus bens particulares tomados por determinação do juiz.

É de se constatar que o Código Civil de 2002, delimita as hipóteses de aplicação da teoria em epígrafe seguindo os pressupostos tradicionais esculpidos pela teoria maior, ou seja, deverá ser comprovado a fraude e o abuso de direito, ocasião em que, o órgão julgante, a requerimento da parte, ou do representante do Ministério Público, quando este intervir no processo poderá desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valeram como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica

Já no tocante à Legislação Consumerista, verifica-se que ao examinar as hipóteses previstas no art. 28 da referida lei, é possível questionar se ele trata do instituto objeto de estudo ou de co-responsabilidade das empresas.

Destarte, o Codex do consumidor, procurou atingir os grupos de sociedade, sociedades consorciadas e sociedades coligadas. Entrementes, os consórcios não possuem personalidade jurídica, não sendo possível sua desconsideração, motivo pelo qual se tem hipótese de responsabilidade solidária. Trata-se de hipóteses de co-responsabilidade entre as empresas.

É de se vislumbrar que a única hipótese que elenca a desconsideração da personalidade jurídica é a ex vi do §5 do art. 28 do CDC, oportunidade que possui seu cerne na teoria menor, que em síntese, afirma que o simples obstáculo que uma empresa coloca para não quitar suas obrigações com os consumidores causando-lhes assim prejuízos, enseja a aplicação da teoria da superação da pessoa jurídica, obrigando os sócios a responderem patrimonialmente pelo ilícito causado pela pessoa jurídica.

Cabe frisar que o manejo da desconsideração, depende da atuação do demandante que entra pleiteando em juízo a sua aplicação e da sensibilidade do órgão julgador, já que ao primeiro incumbe provar inequivocamente que os sócios de uma empresa jurídica agiram de forma desleal, e que, em decorrência disso causaram-lhe prejuízos, e ao, segundo, o condão de decidir a questão de forma criteriosa e perspicaz.

Em remate, conclui-se que ainda nos dias de hoje, o instituto em pauta, é matéria controvertida, objeto de intensos debates, não possuindo na prática, posição sedimentada, sendo tratado com bastante cautela e divergência perante os Tribunais de Justiça dos Estados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil (CPC)*. 12. ed. atual. até 01.08.2011. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Agravo de Instrumento nº 20000.04.01.13482-5/RS*. Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. – Agte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. – Agda.: Agrocomercial DJA S/A Máquinas e Implementos – julgado em 19 set. 2011. DJ 31 out. 2011.

COELHO, Fábio Ulho. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Desconsideração da pessoa jurídica. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 8 tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

KOCH, Deonísio. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MUNIZ, Joaquim P. Princípios da autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, p. 145-168, 2003.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.359593-2/001(1)*. Relator Des. Antônio de Pádua. Agte.: Cooperativa de Crédito do Vale de Gortuba Ltda. – Agda.: Vib. Bel. – Serviço de Vigilância Ltda. – Julgado em 21 de fev. 2006. Publ. DJ 29 abril 2006.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 20000.00.442269-7/000(1)*. Relator: Des. Osmando Almeida. – Agte.: Distribuidora de Bebida Ltda. – Agda.: Refrigerante Minas Gerais Ltda. – Julgado em 01 jun. 2004 – DJ 30 jun. 2004.

NAHAS, Thereza Christina, *apud* KOCH, Deonísio. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p. 179-180.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947-. v. 5.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.