



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo

Maíra Gonçalves de Azevedo

Rio de Janeiro
2012

MAÍRA GONÇALVES DE AZEVEDO

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo

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

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof. Mônica Areal

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2012

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Maíra Gonçalves de Azevedo

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Pós Graduada em Direito Corporativo pelo IBMEC RJ (LL.M.). Advogada.

Resumo: Este artigo científico busca analisar os principais aspectos sobre a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que é um instrumento criado pelo ordenamento jurídico moderno que permite, em síntese, que o patrimônio dos sócios de uma determinada sociedade empresarial seja atingido quando esta for utilizada para fraude, abuso de direito, ou ainda, quando se constituir em obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores, meio ambiente ou ainda de qualquer atividade oriunda de ilicitude, nas falências, insolvência e encerramento irregular decorrentes de má administração dolosa. O artigo abordará a evolução histórica desse instituto, sua aplicação prática e sua sistematização, bem como sua aplicação no Novo Código Civil e, em especial, no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica. Desconsideração. Consumidor.

Sumário: Introdução. 1. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 1.1 Conceito. 1.2 Teoria Maior e Menor. 2. Da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor. 2.1 Notas Iniciais. 2.2 Relações de consumo. 2.3 Análise do *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. 2.4 Análise do parágrafo 5º, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor. 2.5 Os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor. 2.6 O veto do parágrafo 1º, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o controverso e polêmico tema “Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo” no Direito Brasileiro, onde será mostrada sua

origem no direito alienígena, sua inserção no direito pátrio e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional.

Importante ressaltar que não se visa, de maneira alguma, esgotar-se o tema em comentário. Visa-se, primando pelo ineditismo, inserir, em uma única obra, as diversas formas e possibilidades de aplicação da referida teoria nos mais variados ramos do Direito Brasileiro, bem como as controvérsias existentes em tão polêmico tema.

A metodologia utilizada na presente obra é a pesquisa bibliográfica e descritiva do tema escolhido, com utilização de obras literárias de diversos doutrinadores, leis e textos da internet.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é um instrumento criado pelo ordenamento jurídico moderno que permite, em síntese, que o patrimônio dos sócios de uma determinada sociedade empresarial seja atingido quando esta for utilizada para fraude, abuso de direito, ou ainda, quando se constituir em obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores, meio ambiente ou ainda de qualquer atividade oriunda de ilicitude, nas falências, insolvência e encerramento irregular decorrentes de má administração dolosa.

Nesses casos, os tribunais começaram então a desconhecer a pessoa jurídica, visando responsabilizar os seus sócios, quando era constatado o fato de que a personalidade jurídica da mesma estaria, na realidade, servindo para prática de atos fraudulentos ou com abuso de direito, em benefício desses mesmos sócios.

No primeiro capítulo será abordado o instituto da pessoa jurídica como um todo, onde será feita sua conceituação de acordo com o entendimento de vários doutrinadores, bem como o seu surgimento, suas teorias e suas classificações.

No segundo capítulo estudar-se-á o conceito de Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica propriamente dita, sua evolução histórica, sua aplicação no direito pátrio e as teorias existentes sobre o tema.

O terceiro capítulo abordará a aplicação e a sistematização teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo, os critérios autorizadores para sua aplicação, as formas de efetivação e os efeitos da decisão judicial que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.

1. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Nesse capítulo o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica será conceituado e terá sua evolução histórica apresentada. Além disso, será demonstrada a aplicação do referido instituto no Direito Comparado e algumas teorias desenvolvidas pela doutrina.

1.1. CONCEITO

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é um instrumento criado pelo ordenamento jurídico moderno que tem como objetivo primordial apenar os sócios e administradores das sociedades comerciais, uma vez apurada sua responsabilidade, permitindo que o seu patrimônio pessoal seja atingido quando esta for utilizada de forma fraudulenta, com abuso de direito, ou ainda, quando se constituir em obstáculo ao ressarcimento de prejuízos a consumidores, meio ambiente ou ainda de qualquer atividade oriunda de ilicitude, nas falências, insolvência e encerramento irregular decorrentes de má administração dolosa.

A aplicação da *disregard doctrine* atinge tão somente aquele ato que está sendo objeto da fraude, permanecendo a personalidade jurídica válida para os demais atos praticados pela sociedade comercial que está sendo penetrada. Tal teoria visa atingir o detentor do comando efetivo da empresa, isto é, o acionista controlador, e não os diretores assalariados e os empregados, que não participam do controle acionário.

De acordo com Fran Martins ¹, os tribunais começaram a desconhecer a pessoa jurídica, visando responsabilizar os seus sócios, quando era constatado o fato de que a personalidade jurídica da mesma estaria, na realidade, servindo para prática de atos fraudulentos ou com abuso de direito, em benefício destes mesmos sócios.

¹ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

A desconsideração deve ser precedida da mais absoluta lucidez na verificação real das condicionantes de sua aplicabilidade, a fim de evitar-se a desestruturação de toda uma legislação tradicionalmente assentada e sazoadada no que concerne à pessoa jurídica.

A sua utilização inadequada pode acarretar prejuízos irreparáveis à credibilidade do Poder Judiciário, bem como desencadear danos irremediáveis à economia de um país, gerando desemprego e recessão. Ademais, se o empresário está realmente mal intencionado, ele tem outras formas de camuflar seu patrimônio, tornando-o inatingível, como, por exemplo, colocando-o em nome de terceiros.

Como já dito anteriormente trata-se de uma situação excepcional, justificada e não duradoura, visto que uma vez atingido o patrimônio pessoal dos sócios, naquela situação em particular, a sociedade cobre-se novamente com o véu da personalidade jurídica. A regra é a prevalência da autonomia patrimonial, sendo a desconsideração uma exceção à desconsideração.

É a desconsideração, pois, um remédio para evitar o uso desvirtuado da pessoa jurídica, importante instrumento para a atividade da vida negocial. É uma forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais foi criada, limitando e coibindo o uso indevido da pessoa jurídica.

Tomazette ² entende que a personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico, entrando em conflito inúmeras vezes com outros valores, como, por exemplo, a satisfação dos credores. A solução desse conflito deve se dar pela prevalência de valor mais importante.

O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionado pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação pessoal de um único credor. Desta forma, deve normalmente, prevalecer a personificação.

² TOMAZETTE, Marlon, *A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil*, Disponível em < <http://www1.jus.com.br> > Acesso em 25 dez 2011.

Somente quando um valor mais alto for posto em jogo, tal como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta deverá ceder espaço. Quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico, como mais desejável e menos sacrificável do que o interesse volimado através da personificação societária abre-se a oportunidade para desconsideração sob pena de alteração da escala de valores.

Com a aplicação da teoria, a personalidade jurídica da sociedade atingida permanece intacta. Não se anulam os efeitos de seus atos constitutivos, que apenas perdem eficácia temporária, episódica, naquele caso concreto. Aí reside a razão pela qual não se deve a desconsideração da personalidade jurídica com a despersonificação.

A despersonificação é a anulação definitiva da personalidade jurídica. Já a desconsideração é apenas a retirada momentânea da eficácia da personalidade jurídica. Não deve, portanto, ocorrer a despersonificação da pessoa jurídica, e sim sua desconsideração. Ademais, o instituto da pessoa jurídica é muito importante para ser destruído.

É certo, porém, que a sociedade permanece. Levanta-se o véu corporativo (*lifting the veil*) para o caso concreto onde tal medida extrema momentaneamente se faz necessário, para depois recobrir-se novamente. Suspende-se, não elimina-se.

Para que se proceda de forma legal e responsável a desconsideração da personalidade jurídica, duas palavras devem servir para nortear a questão; excepcionalidade e justificadamente. Tal medida, portanto, tem caráter excepcional, e só pode ser adotada de maneira justificada, sob pena de trazer enormes prejuízos à sociedade.

O mero inadimplemento jamais poderá ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, o que iria gerar a banalização de tão sério instituto.

A aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, ao contrário do que muitas vezes possa parecer, não visa desvalorizar o importante instituto da pessoa jurídica.

Na realidade, o que se pretende é valorizar o referido instituto, impedindo que as sociedades comerciais que ajam em desconformidade com a lei gozem dos mesmos direitos e prerrogativas daquelas que agem dentro da lei, sendo sancionadas por isso.

Conforme os ensinamentos de Alexandre Couto Silva³, não se visa, em hipótese alguma, que a teoria da desconsideração destrua ou questione o princípio de separação da personalidade jurídica da sociedade da dos sócios.

Na realidade, tal teoria funciona mais como um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que seja utilizado pelos sócios como forma de encobrir distorções de seu uso.

Desta forma, a excepcional adoção da desconsideração da personalidade jurídica deve ser procedida, frise-se novamente, de análise muito criteriosa e parcimoniosa, visto que sua utilização irresponsável e descriteriosa podem tornar difícil a canalização de investimentos para as atividades produtivas no país, uma vez que o investidor pensará várias vezes antes de comprometer todo o seu patrimônio em atividades de risco.

Destarte, além de gerar desemprego e, por conseguinte recessão, as poucas sociedades comerciais que permanecerem em atividade acabarão por repassar para seus preços esse novo “risco empresarial” decorrente da inobservância dos princípios primordiais da separação patrimonial e da limitação de responsabilidade, atingindo de forma direta o consumidor.

O espírito que deve nortear a *disregard doctrine* é, de forma excepcional e responsável, deixar de lado, momentaneamente a personalidade jurídica, e sair à “caça” do seu dirigente ou sócio que praticou o ato ilícito, desrespeitando disposição legal, com abuso de poder e violando norma estatutária.

³ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 35.

1.2. TEORIA MAIOR E MENOR

No Brasil existem duas formulações diferentes sobre a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica: a teoria menor e a teoria maior, sendo a segunda mais difundida no Brasil.

A Teoria Maior, também denominada subjetiva, é a teoria de maior aceitação nos nossos tribunais, onde se condiciona a ocorrência de fraude ou abuso de direito como critérios para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica.

O maior responsável pela difusão dessa teoria no Brasil foi Rubens Requião, que a introduziu em nosso país, “importando-a” do direito alienígena, traduzindo seu nome para “desconsideração da personalidade jurídica” e a adequando ao ordenamento jurídico pátrio, respeitando o instituto da pessoa jurídica. De acordo com o seu raciocínio sempre que o juiz brasileiro se encontrar diante da fraude ou do abuso de direito no uso da personalidade jurídica, este tem por direito e dever indagar, de acordo com o seu convencimento próprio, “se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.”⁴

Tal teoria baseia-se em requisitos sólidos e identificadores da fraude, possuindo como regra a consideração da personalidade jurídica, onde a diferenciação do patrimônio da sociedade e dos seus sócios deve prevalecer. O véu societário, portanto, só pode ser ignorado de forma excepcional, diante de situações específicas que autorizem tal ato extremo.

⁴ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12, 2011.

A insuficiência patrimonial, a falência, a insolvência, a inadimplência ou a iliquidez do patrimônio da sociedade, por si só não se apresentam como causas ensejadoras para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Visa-se, portanto, preservar ao máximo o consagrado instituto da pessoa jurídica, evitando-se a separação da sociedade de seus sócios, somente sendo aplicada a desconsideração nos casos previstos em lei, quando presentes no caso concreto a fraude ou o abuso de direito, no qual poderá o juiz aplicar a desconsideração da personalidade jurídica em razão do caráter subjetivo comportado pela teoria.

A fraude é um meio pelo qual se tenta ludibriar, enganar, iludir, com o objetivo de prejudicar terceiro. A fraude cometida com o uso da autonomia patrimonial de pessoa jurídica, em geral, resulta em imputar-lhe responsabilidade de um ato ou de diversos atos praticados em seu nome, com o objetivo único e exclusivo de ocultar uma ilicitude.

A sociedade comercial garante a certas pessoas determinadas prerrogativas. O abuso dessas prerrogativas, ou seja, o uso excessivo e injustificado de determinado instituto, caracteriza o abuso de direito.

A Teoria Menor foi elaborada por Fábio Konder Comparato⁵, na qual a desconsideração da personalidade jurídica é vista de uma forma mais objetiva, onde é deixada de lado sua subjetividade, elencando-se fatores necessários para determinar se há ou não possibilidade de haver a desconsideração da personalidade. Dispensa-se, pois, um raciocínio mais acurado para a incidência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e do sócio seja vista como um obstáculo para a satisfação de credores.

⁵ SARAI, Leandro. *A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro*: Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.884/94, Lei nº 9.605/98 e Lei nº 10.406/02. Disponível em <www.jus.com.br> Acesso em 12 nov 2011.

Nessa teoria não existe a preocupação em se averiguar a ocorrência ou não de fraude ou abuso de direitos pela sociedade através de seus sócios. Visa-se unicamente verificar a ocorrência de fatores objetivos, tais como ausência do pressuposto formal estabelecido em lei, desaparecimento do objetivo social específico ou do objetivo social e confusão entre estes e uma atividade ou interesse individual de um sócio para fundamentar a desconsideração.

Assim, toda vez em que se verificasse que a pessoa jurídica não possui patrimônio suficiente para a satisfação dos credores, ou ainda em razão da iliquidez deste, haveria a responsabilização dos sócios.

No entanto, a aplicação do instituto em comento não pode e nem deve se resumir a tão superficial aspecto, sob pena de abalo da segurança jurídica que se faz necessária ao bom convívio social.

Essa doutrina é falha, pois a simples insolvência, ou a falência da sociedade, ensejaria a quebra da autonomia patrimonial visando atingir o patrimônio particular do sócio, de maneira que o credor fosse prejudicado, tornando ineficaz o instituto da pessoa jurídica.

2. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1. NOTAS INICIAIS

Preceitua o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor⁶:

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

⁶ Ibidem.

também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

O referido dispositivo, que trouxe grandes inovações ao Direito Brasileiro, por ter colocado no texto de lei uma construção doutrinária há muito tempo já utilizada no Brasil e oriunda do direito alienígena, visa dar ampla proteção ao consumidor, assegurando-lhe o livre acesso aos bens patrimoniais dos administradores de uma determinada sociedade comercial, sempre que esta aja com abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, ato ou fato ilícito e violação dos estatutos ou do contrato social⁷.

O pressuposto para que haja a aplicação da teoria em questão é a lesão de interesses do consumidor. Este é o elemento integrante de todas as hipóteses que requerem, para sua efetividade, que a prática abusiva ou ilícita o seja em virtude da preterição do direito do consumidor. Não faria sentido suscitá-la na aplicação em defesa de interesses outros como os dos demais sócios, ou os da personalidade societária. Ademais, a desconsideração há de supor a incapacidade da pessoa jurídica para reparar o dano. Quando a empresa tiver capacidade

⁷ PELLEGRINI, Grinover. [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor* : comentado pelos criadores do anteprojeto. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

financeira para ressarcir o consumidor, não há razão para aplicá-la, visto a condição de tratamento excepcional e parcimonioso que deve ser dispensado à *disregard doctrine*.

Para fins de análise, pode-se dividir em três grupos as hipóteses legais de incidência da desconsideração contidos no art. 28 e incisos: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação de estatutos ou contrato social. (caput, 1ª parte); falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração. (caput, 2ª parte) e qualquer hipótese em que a personalidade da pessoa jurídica seja, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

No primeiro grupo de hipóteses, vislumbra-se a prática de atos que implicam infração da lei, dos estatutos ou exarcebação na utilização de direitos. Estes fatos, quando por si não acarretem a responsabilidade pessoal do agente, previstos na Lei das Sociedades por Quota de Responsabilidade Limitada e pela Lei das Sociedades Anônimas, servirão de embasamento a desconsideração, com o fito de alcançar o patrimônio dos sócios. Visa a desconsideração, em tais casos, que os bens dos sócios infratores sejam também garantia do ressarcimento do prejuízo causado ao consumidor. Importante ressaltar que deve haver inafastável nexo de causalidade entre a conduta inadequada e o prejuízo experimentado pelo consumidor.

No excesso de poder a pessoa jurídica pratica ato ou contrai para si negócio fora do limite da outorga ou autoridade conferida, quer seja por infração de lei, fato ou ato ilícito, quer seja por violação do contrato social, representando sempre o não cumprimento das obrigações impostas às pessoas pela lei ou pelos atos constitutivos.

No que se refere ao segundo grupo de hipóteses o texto legal introduz um elemento não especificamente ligado ao interesse do consumidor, que é a má administração. Não há que se confundir a má administração com a prática abusiva citada na parte inicial do caput. A má administração a que se refere o mencionado artigo refere-se a gerência incompetente frente a

própria pessoa jurídica ou frente aos demais sócios. Questiona-se, no entanto, a relevância deste fato frente ao direito do consumidor. Não é crível que uma pessoa administraria mal uma empresa com o fito exclusivo de fraudar os direitos do consumidor. Ficaria, então, uma lacuna em relação à empresa bem administrada, que desativada, tenha lesionado consumidores.

Desta forma, a inserção da terminologia “má administração” no texto legal tem gerado certa controvérsia entre os doutrinadores em razão da falta de nexo entre qualidade da administração e eventuais prejuízos ao consumidor, e pela falta de isonomia entre o tratamento dado ao consumidor da empresa encerrada por má administração e o dado ao cliente de uma empresa bem administrada que encerrou suas atividades.

É certo, porém, que o consumidor deve ser protegido na hipótese em a pessoa jurídica tenha cessado a atividade ou esteja extinta, e isto independentemente dos motivos que ensejaram tal encerramento de atividade, quer seja por administração incompetente, incapaz e até mesmo imprudente ou negligente.

No terceiro grupo, a hipótese contemplada no § 5º, parece inconciliável com o caput em razão da utilização de expressões demasiadamente genéricas, tais como “sempre” e “de qualquer forma”, que, segundo muitos doutrinadores, parecem inutilizar as hipóteses do caput. Genérico, abrangente e ilimitado também o é o parágrafo, que aplicado literalmente, dispensaria o caput, tornando inócua a própria construção teórica do instituto da desconsideração, implicando na derrogação da limitação da responsabilidade de toda e qualquer empresa no que diz respeito às relações de consumo.

Para Zelmo Denari⁸, com a autoridade de ser um dos autores do anteprojeto da Lei 8.078/90, postula mesmo o “*aberratio ictus* da caneta presidencial”. O parágrafo a ser vetado

⁸ Ibidem.

teria sido o 5º, e não o 1º como apareceu no diário oficial, que segundo Denari é essencial para a aplicação do artigo.

Para Genacéia da Silva Alberton ⁹, no que diz respeito ao § 5º do art. 28, faz-se necessário interpretá-lo com cautela, uma vez que a mera existência de prejuízo patrimonial do consumidor não é suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. O texto legal, de acordo com a autora, teria deixado significado em aberto na medida em que assevera que a pessoa jurídica poderá também ser desconsiderada quando sua personalidade “de alguma forma” for obstáculo ao ressarcimento justo do consumidor.

De tal sorte, para os doutrinadores, a interpretação mais correta parece ser a de que o § 5º, constitui uma abertura ao rol de hipóteses do caput do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou consagrar. A aplicação do § 5º deve restringir-se às situações em que o fornecedor do produto ou serviço ao consumidor constitui a pessoa jurídica, ou dela se utiliza, especificamente para livrar-se da responsabilização de prejuízos causados ao próprio consumidor.

2.2. RELAÇÕES DE CONSUMO

Conforme anteriormente visto, e de acordo com o preconizado na legislação consumerista, a desconsideração da personalidade jurídica visa coibir a prática de atos abusivos, fraudes e ilícitos advindos das relações de consumo, em detrimento do consumidor.

A relação de consumo ocorre quando há, de um lado, um fornecedor de produto ou serviço, durável ou não, e de outro, um consumidor final deste produto ou serviço. É o que diz o art. 2º do CDC, que *in verbis* preceitua:

⁹ ALBERTON, Genacéia da Silva. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor, Aspectos Processuais*. São Paulo. Forense, 1998.

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Todavia, o conceito de consumidor não cinge-se apenas ao fato deste ser apenas destinatário final do produto ou serviço. A tutela vai além, busca identificar outros requisitos, como vemos nas palavras de Giaretta:

Há que se estabelecer na relação a condição de hipossuficiente, constante do inciso VIII do art. 6º da citada lei. Significa estar inferiorizado, economicamente mais fraco e desprotegido. A hipossuficiência alcança também a carência de informações relativas aos objetos e bens de consumo ou serviços prestados ao consumidor.

Como podemos notar, o consumidor se caracteriza por ser o destinatário final de uma prestação de serviço ou de um produto que, por se tratar de uma parte mais fraca na relação de consumo, necessita, assim, uma proteção especial do ordenamento, que é garantida pelo CDC, em seu art. 4º, I, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Do outro lado da relação de consumo temos o fornecedor, que é quem oferta o produto ou serviço a ser consumido pelo destinatário final.

O CDC também traz em seu bojo o conceito de fornecedor, que está disposto no seu art. 3º, juntamente com a definição do que seria produto e serviço. Vejamos então a redação do citado artigo:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º. Produto é qualquer bem, móvel e imóvel, material ou imaterial.

§2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhistas.

O inciso VIII, do art. 6º, do CDC, dispõe, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com 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.

Como podemos observar, o conceito de fornecedor é bastante abrangente, englobando não apenas aquele que produz e entrega bens, mas também o produtor e o industrial, o intermediário, o prestador de serviços e outros agentes, mesmo sem personalidade jurídica, desde que atuem na circulação econômica e jurídica de bens e serviços.

Além destes, órgãos públicos também estão incluídos nesta definição legal, sendo até mesmo o Poder Público enquadrado como fornecedor. Não há, inclusive, distinção entre os nacionais ou estrangeiros.

Já os produtos, são os bens, sendo considerados como tais, os móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, devendo possuir algum valor econômico.

Para os serviços, se consideram aqueles prestados, qualquer que seja ele, excetuando-se as relações trabalhistas, pois estas são revestidas de habitualidade e subordinação.

Excluem-se também dos limites do Código os serviços prestados gratuitamente. Tais definições revestem-se de importância na medida em que a teoria da desconsideração da

personalidade jurídica a que vamos nos ater, poderá ser aplicada no caso de ato praticado em detrimento de um consumidor, resultante portanto, de uma relação de consumo.

Daí a necessidade de delimitarmos quais os pólos que compõem essa relação, e quem pode integrá-los.

2.3. ANÁLISE DO *CAPUT* DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O art. 28 começa dispondo que poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade. Assim, temos uma faculdade do magistrado que, ao convencer-se da existência dos pressupostos, decretará a medida desconsiderativa.

Por outro lado a lei não exige o impulso da parte para que seja concedida a medida, podendo haver a decretação *ex officio*.

Não obstante a palavra *podará*, contida no texto, nos parece que ao restar totalmente provado qualquer ato descrito no *caput* do artigo, passa o magistrado a estar obrigado a aplicar o disposto.

O instituto da desconsideração busca, como já visto no capítulo anterior, coibir o mau uso da personalidade jurídica, mantendo a moral e a ordem jurídica, como uma proteção contra o alcance de vantagem indevida através de um direito conferido pelo ordenamento. Assim, o magistrado não necessita da vontade da parte para proceder o superamento, punindo o responsável pelos atos reprováveis.

Já no tocante aos atos elencados no *caput* como passíveis de desconsideração da personalidade societária, podemos dividi-los em três grupos: o abuso de direito, que evidentemente corresponde à *disregard doctrine* original; o excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, que não dizem respeito à desconsideração

da personalidade jurídica, mas de ato ilícito praticado por sócio ou administrador, que serão responsabilizados pessoalmente; falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração, que responsabiliza o mau administrador também por ato próprio, sem falar-se em desconsideração.

Nota-se que o legislador não incluiu expressamente a fraude entre as possibilidades de desconsideração que, juntamente com o abuso de direito são os fundamentos que orientam a *disregard doctrine*.

No entanto, o elenco do referido dispositivo é nitidamente exemplificativo, uma vez que o espírito do Código em que está inserido é da mais ampla proteção ao consumidor, devendo qualquer prática que venha a lesá-lo ser coibida, inclusive pela via desconsiderativa.

Outro fator que corrobora para tal entendimento é o parágrafo quinto do mesmo artigo que, como será visto adiante, amplia as possibilidades de aplicação da teoria.

2.3.1. ABUSO DE DIREITO

A primeira hipótese levantada, que trata da lesão de consumidor através do abuso de direito é a que verdadeiramente se encaixa na teoria da desconsideração.

Vale lembrar que o que permite o superamento da personalidade¹⁰ neste caso, é a utilização de maneira abusiva do direito conferido, desviado de sua finalidade precípua, de modo a causar lesão ao consumidor.

Como se vê, este é o único caso aventado pelo referido artigo em que a pessoa jurídica é utilizada no intuito de obter vantagem indevida, sendo que as demais tratam-se de responsabilidade direta do administrador ou sócio.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 226.

2.3.2. EXCESSO DE PODER, INFRAÇÃO DA LEI, FATO OU ATO ILÍCITO, VIOLAÇÃO DOS ESTATUTOS OU CONTRATO SOCIAL

Entre estas hipóteses elencadas pelo comando do citado artigo, não existe, como quer o legislador, aplicação da teoria da desconsideração, mas sim a responsabilização pessoal do sócio ou administrador que praticou o ato reprovável. Assim explica Coelho¹¹:

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

A penalidade pela prática destes atos já é prevista em outros diplomas legais e foram erroneamente invocadas pelo legislador como causas que permitem o superamento. Vejamos a previsão para cada elemento-tipo.

O excesso de poder se caracteriza pela extrapolação do limite concedido pela sociedade a seu administrador ou controlador. Consiste na prática de ato para o qual não está o administrador autorizado pela lei ou pelo contrato social, os quais impõem limites ao seu poder. Ultrapassados esses limites, temos a exorbitância do poder societário.

¹¹ Ibidem.

A prática do excesso de poder é regulada pela legislação societária. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) prevê em seu art. 117 a responsabilidade do acionista controlador pela prática de atos com abuso de poder. No mesmo diapasão, o art. 10 do Decreto n. 3.708/19, que regula as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, imputa (ilimitadamente) aos sócios-gerentes os atos praticados pelo excesso de mandato, ao passo que o art. 16, do mesmo decreto, responsabiliza os demais integrantes da sociedade.

A infração à lei consiste na violação de um preceito legal, ou seja, agir contrariamente a uma proibição imposta pelo ordenamento jurídico, visando um fim antijurídico. Nesse sentido, como já foi visto no capítulo anterior, a sociedade é constituída com uma finalidade e, apesar de não ser incapaz, necessita de um organismo vivo para que possa exteriorizar sua vontade e fazê-la valer. Assim, a pessoa jurídica em si não pratica atos ilícitos, pois o seu representante só pode agir no que for autorizado.

É claro que o estatuto não o autoriza a violar a lei, sendo que tal ato terá de partir da iniciativa de um administrador ou controlador e que por isso, responderá diretamente por ato seu, não cabendo falar em desconsideração.

Vale ressaltar que a infração à lei não se confunde com a fraude à lei, esta última sim ensejadora da penetração, mas não aventada pelo legislador do CDC. A fraude dá-se com a realização de ato conforme à lei que, no entanto, fere seu espírito e visa não ser por ela atingida, ao passo que a violação caracteriza-se com a prática de conduta proibida ou defesa em dispositivo legal.

O fato ou ato ilícito se caracteriza por ser praticado em desacordo com o ordenamento jurídico, causando dano a terceiro, devendo portanto ser reparado. Ele se concretiza pelas ações ou omissões com as quais se infringe um preceito jurídico, causando dano a outrem. Trata-se, enfim, de ato ou fato contrário ao Direito, vale dizer, ação humana (comissiva ou omissiva) ou

acontecimento da vida juridicamente relevante que, violando norma jurídica, provoca prejuízo a alguém.

Tais atos são previstos pelo Código Civil em seu art. 159 e seus elementos essenciais são: a) fato lesivo voluntário, causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) são cumuláveis danos materiais e morais decorrentes do mesmo fato; e c) a existência de nexo de causalidade entre dano e o comportamento do agente. Assim, estando presentes todos requisitos caracterizados do ato ilícito, deve o autor reparar o dano causado, conforme a inteligência dos arts. 1.518 a 1.553, também do CC. Porém a responsabilidade será do administrador que, ao praticar tais atos, agiu em nome próprio e não da sociedade, não se tratando, portanto, de caso de desconsideração.

A violação dos estatutos ou contrato social dá-se quando o administrador ou controlador pratica atos contrários ao dispositivo social, que é o que regula as atividades de cada sociedade desde a sua constituição. O estatuto ou contrato social delimita qual a finalidade e, por conseguinte, quais atos poderão ser praticados pela pessoa jurídica que foi constituída. O membro da sociedade que pratica ato que viole tais dispositivos irá responder pelos danos causados, porém não pela via desconsiderativa.

A punição pela prática de tais atos é imputada pessoalmente ao agente, e foi também erroneamente inserida como ensejadora da aplicação da *disregard doctrine*, pelo legislador consumerista. Tais penalidades estão previstas na Lei das Sociedades Anônimas, no art. 158, II, que dispõe que o administrador não é responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, quando a gestão for regular, respondendo civilmente, no entanto, pelos danos causados pela prática de atos com violação do estatuto.

Já o Decreto n. 3.708/19, que regula as Sociedades Limitadas, responsabiliza pessoalmente os autores de atos com violação do contrato social, sejam eles sócios-gerentes (art. 10) ou demais sócios (art. 16).

Como vimos, os atos elencados neste item não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que dizem respeito a um tema societário que trata da responsabilidade de membro da sociedade que responde por ato próprio, e que, apesar de ser praticado com íntima ligação com a pessoa jurídica, não pode a ela ser imputado, o que foge à órbita desconsiderativa.

2.3.3. FALÊNCIA, ESTADO DE INSOLVÊNCIA, ENCERRAMENTO OU INATIVIDADE PROVOCADOS POR MÁ ADMINISTRAÇÃO

Primeiramente, cabe fazermos uma breve referência aos conceitos de falência e insolvência. A primeira, segundo Requião é “a solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida.” Podemos ainda acrescentar às palavras do comercialista que, na falência, o ativo do devedor é inferior ao seu passivo, motivo pelo qual procede-se a execução coletiva de seu patrimônio, de modo que haja igualdade entre os credores.

Já a insolvência, ainda para Requião, é um fato que geralmente se infere da insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. O devedor que usou de crédito e está em condições de solver as obrigações contraídas, dele se diz *solvente*; ao revés, o que se encontra na impossibilidade de fazê-lo se chama *insolvente*. Enfim, o insolvente é aquele incapaz de satisfazer suas obrigações no tempo certo e na formas normais de pagamento. A determinação da insolvência pode basear-se em quatro sistemas: do estado patrimonial deficitário; da cessação de pagamentos; da impontualidade; e dos atos enumerados em lei.

O encerramento e inatividade das atividades societárias não ensejam maiores referências conceituais, face à auto-explicação de suas denominações. Assim, havendo alguma situação citada acima que cause uma lesão ao consumidor, devido ao fornecimento de produto ou serviço defeituosos, decorrente de atos que configurem má administração, poderá o juiz decretar a desconsideração da personalidade societária. No entanto, voltamos a considerar inoportuna a colocação de tal hipótese entre as causas de superamento, uma vez que novamente nos deparamos com a responsabilidade pessoal do administrador.

Outro ponto importante é no que tange o nexo de causalidade entre a má administração e o estado de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da sociedade. Deriva do texto legal a interpretação de que deve ficar estabelecido, entre o prejuízo causado ao consumidor e a má gestão do administrador, uma relação de causa e efeito. Assim, provando-se o desleixo com as atividades empresariais, poderá ser responsabilizado o administrador que levou a empresa a quebrar, quando se verificar um dano ao consumidor.

Deste modo, se houver qualquer das hipóteses mencionadas, sem que tenha concorrido a má gestão, não há que se falar em responsabilidade do administrador. Aqui o consumidor que tiver arcado com algum prejuízo deverá habilitar seu crédito como qualquer outro credor. Não corrobora com esse entendimento Luciano Amaro, que não vê sentido em o encerramento de empresa próspera não ensejar a desconsideração, ainda que sua construção tenha ocorrido com base em produtos defeituosos, bem como a empresa bem administrada e insolvente, enquanto que o encerramento, por má administração seja sancionado com a desconsideração.

Diante do que foi apresentado, podemos caracterizar a má administração como a prática, por parte do administrador, de atos que não condizem com os preceitos da ciência da administração, nem com a diligência necessária para um empresário que preza pela continuidade de sua empresa. Ou seja, o bom administrador deve atentar para o risco do negócio a ser

realizado, de modo que a sociedade esteja apta a suportar as conseqüências que dele poderão advir.

Não cabe aqui e nem é nosso campo de estudo, definir qual a melhor técnica administrativa a ser escolhida pelo administrador, isto deve ser objetivado pelo magistrado na situação concreta, de acordo com os fatos apresentados.

Como pode-se notar, a definição de má administração é demasiadamente teórica, o que faz com que o bom senso do juiz seja o mais importante na aplicação deste dispositivo. É preciso ter em mente se, no caso concreto, há indícios de que o administrador realmente não se cercou da diligência necessária e não seguiu o caminho mais propício para o gerenciamento correto e probo de seus negócios. Ou seja, se o administrador agiu de boa-fé, visando o interesse da sociedade, mas no entanto foi vítima de uma política econômica nociva à empresa, ou de um fracasso gerencial dentro dos riscos normais da atividade, não há possibilidade de responsabilizá-lo, uma vez que não deu causa ao fim das atividades societárias. A própria Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 159, § 6º, exclui a responsabilidade civil do administrador quando verificar-se que esse agiu de boa fé e visando o interesse da companhia.

Por outro lado, temos como exemplo de responsabilidade do administrador, pelo encerramento das atividades da sociedade por má administração, o disposto na Lei n. 6.024/74, que trata da liquidação de instituições financeiras, que em seus arts. 39 e 40 determina que os administradores respondem solidariamente com a instituição por seus atos ou omissões.

A regra posta na segunda parte do artigo em análise, apesar de representar uma garantia ao consumidor, não se trata, portanto, de hipótese ensejadora de desconsideração da personalidade jurídica. E a responsabilidade do administrador que der causa à falência, insolvência, encerramento ou inatividade da sociedade, deverá, obrigatoriamente, ter um nexo de

causalidade com a má administração e, em não havendo esta última, deverá o consumidor lesado habilitar-se no concurso creditório para ver seu prejuízo ressarcido pela pessoa jurídica.

2.4. ANÁLISE DO PARÁGRAFO 5º, DO ARTIGO 28, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao depararmos-nos com o parágrafo 5º do artigo em questão, encontramos a maior fonte de polêmica no que tange a aplicação da *disregard doctrine* no CDC.

Conforme esta previsão, poderá haver o superamento sempre que, de alguma forma a personalidade obstar o ressarcimento do prejuízos causados aos consumidores. Com uma redação muito abrangente, o citado dispositivo causou várias discussões acerca de como deveria dar-se sua interpretação e até mesmo acerca de sua validade.

Temos a posição de Zelmo Denari, para quem houve um equívoco no veto do parágrafo primeiro do mesmo artigo. Para ele o parágrafo seria essencial, enquanto o veto deveria ter recaído sobre o parágrafo 5º, uma vez que estaria em contradição com o *caput* do artigo.

Já no entendimento de Amaro, se o parágrafo em questão fosse aplicado literalmente tornaria dispensável o *caput*, tornando até mesmo, inócua a teoria da desconsideração, conferindo caráter ilimitado à responsabilidade dos sócios de qualquer sociedade em uma relação de consumo.

Devido a essa situação, o autor encontrou a seguinte solução para dar validade ao parágrafo 5º: “no embate entre o parágrafo e o *caput*, se um tiver de ceder, será o parágrafo e não o *caput*. Na tentativa de conciliarmos os preceitos, há de entender-se o § 5º como uma abertura do rol de hipóteses do *caput*, sem prejuízo, porém dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou a consagrar.”

Para Rachel Sztajn, o parágrafo seria suficiente para que houvesse a aplicação da teoria da desconsideração, pois segundo ela, “se o art. 28 tivesse por *caput* o § 5º além dos §§ 2º e 3º, o consumidor estaria tutelado em face da separação patrimonial usada de forma iníqua ou inadequada. A imputação da responsabilidade patrimonial recairia, sempre, inicialmente, sobre a sociedade e, subsidiariamente, sobre os sócios, segundo a regra ou o padrão de equidade.”

O entendimento de Coelho¹² é diverso. A interpretação literal não pode prevalecer, pois se assim fosse, a simples ocorrência de um dano patrimonial suportado pelo consumidor já autorizaria a penetração. Assim, o seu entendimento acerca do parágrafo é a seguinte:

(...) deve-se entender o dispositivo em questão como pertinente apenas às sanções de caráter não pecuniário a que se encontra sujeito o fornecedor, como, por exemplo, a proibição de fabricação de produto ou serviço (CDC, art. 56, V, VI e II). Se determinado empresário é apenado com essas sanções, e, para furtar-se do seu cumprimento, constitui sociedade comercial para agir através dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente para evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize. A interpretação do Código de Defesa do Consumidor conduz à conclusão de que o âmbito de incidência está relacionado com a aplicação das sanções de conteúdo não pecuniário.

Como pode-se notar, os entendimentos são os mais variados possível, ao ponto de chegar-mos à contradição de o parágrafo ora ser elevado ao comando do artigo e ora ter a sua existência criticada e atribuída a um erro presidencial que deveria tê-lo vetado.

É cristalino que a sua interpretação gramatical o levaria a absorver o *caput* do artigo devido à sua abrangência exagerada. Entretanto, não podemos negá-lo vigência, uma vez que, claramente procura dar a mais ampla proteção ao consumidor, que, em suma é o espírito de todo o Código no qual está inserido. Daí é que se faz mister uma interpretação mais restritiva e em consonância com o comando do dispositivo, para que não o torne letra morta.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor . 1994, p. 229-230. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Assim, entendemos que a utilização da teoria da desconsideração nas relações de consumo busca garantir a efetiva reparação de dano provocado por fornecedor à consumidor de produto ou serviço. Nesta linha de raciocínio devemos entender o parágrafo em questão como uma coibição a qualquer óbice que a personalidade jurídica possa oferecer ao ressarcimento do prejuízo causado. Evidente que tal reparação deve estar fundada em desvios da finalidade da sociedade e quando esta não tiver patrimônio suficiente para arcar com a reparação.

O parágrafo 5º, portanto, deve ser interpretado restritiva e conjuntamente com o *caput* do artigo, para que possa haver harmonia dentro do dispositivo, o que é consequência de mais impropriedades na redação da regra sob comento, que tanto já foi por nós ressaltado.

2.5. OS PARÁGRAFOS 2º, 3º e 4º DO ARTIGO 28, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Estes parágrafos serão tratados de forma separada por fugirem totalmente à matéria da desconsideração. Aqui trata o legislador da responsabilidade dos grupos de sociedades, das sociedades controladas, consorciadas e coligadas, por danos causados ao consumidor. Tais dispositivos parecem-nos deslocados, sendo que seria mais oportuno inseri-los no Capítulo IV do Título I do CDC, que trata da reparação dos danos e, por via de consequência, da responsabilidade do fornecedor.

O parágrafo 2º prevê a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos de sociedades e as sociedades controladas. Os grupos de sociedades estão previstos na Lei das Sociedades Anônimas, que em seu art. 265 autoriza as sociedades controladas e controladoras a constituir grupos de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar

recursos ou esforços para realização dos respectivos objetivos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

O grupo não possui personalidade jurídica, sendo que cada sociedade conserva sua personalidade e patrimônios distintamente (art. 266 da Lei das Sociedades Anônimas).

Ainda que inexista grupo de sociedades, é possível a existência de sociedades controladora e controladas, quando aquela é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores das últimas, conforme a inteligência do § 2º do art. 243 da legislação societária.

Assim, existindo prejuízo causado ao consumidor por fornecedor integrante de grupo societário ou que possua controladas, as demais sociedades responderão subsidiariamente. Apesar da lei ser omissa, é patente que, se há um responsável subsidiário, é mister que exista um principal. Neste caso, sempre o será o fornecedor que integrou diretamente a relação de consumo. Deverá, portanto o fornecedor ser acionado e, não podendo suportar a reparação do dano, poder-se-á exigi-la das demais integrantes do grupo.

Este dispositivo reforça a garantia do consumidor em ver sua lesão restituída, evitando que empresas escondam-se atrás de outras sem patrimônio, visando esquivar-se da reparação dos prejuízos que vierem a causar.

O parágrafo 3º trata da responsabilidade solidária das sociedades consorciadas pelas obrigações decorrentes de relações de consumo. O consórcio de sociedades é autorizado pelo art. 278 da Lei 6.404/76, e pode ser constituído para executar determinado empreendimento, mantendo-se intactas as personalidades jurídicas de cada integrante.

Segundo o dispositivo em tela, a responsabilidade das consorciadas é solidária, ou seja, o consumidor que visa a reparação de dano causado por um fornecedor integrante de consórcio

poderá exigí-la de qualquer sociedade que dele façam parte, ou de todas em conjunto, ainda que não figure no pólo passivo aquela com a qual contratou.

Entretanto, o § 1º, *in fine*, do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas dispõe que as consorciadas se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Aparentemente, o dispositivo do CDC derroga o citado parágrafo da lei societária. Porém, a despeito de entendimentos contrários¹²⁰ não é o que ocorre, como podemos notar nas palavras de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento que *Esta norma [art., 28, § 3º do CDC] deve ser bem entendida. Não há revogação implícita quanto à não presunção de solidariedade constante da Lei 6.404/76. A inexistência da presunção continua, menos para as obrigações resultantes das relações de consumo*”.

Como se vê, o parágrafo terceiro é uma exceção à regra contida na lei societária (que não deve ser vista como derogada), que visa dar uma maior proteção ao consumidor.

As sociedades coligadas respondem por culpa. Este é o texto do parágrafo 4º do art. 28 do CDC. São sociedades coligadas, segundo o § 1º do art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas, quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital de outra, sem controlá-la.

Estas responderão apenas por culpa, como se pode tirar da explicação de Nascimento: “As sociedades coligadas, quando respondem por culpa, o fazem nos termos do art. 159 do Código Civil. Cabe ao legitimado ativo, ao consumidor ou à vítima diretamente prejudicada comprovar a ação, ou omissão, culposa *lato sensu* ou, em outros termos, que houve dolo, negligência, imprudência ou imperícia”.

Enfim, para que seja imputada responsabilidade a uma sociedade coligada, esta deverá ter contribuído para que o dano ocorresse ao consumidor, pelo menos com culpa.

2.6. O VETO DO PARÁGRAFO 1º, DO ARTIGO 28, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Justamente por não figurar no dispositivo em questão, pouco interesse deve ser dispensado ao parágrafo 1º. Entretanto é oportuno fazer-mos breve menção à sua redação e à oportunidade de ter sido alvo de veto.

O parágrafo 1º do art. 28 que foi vetado pelo Chefe do Executivo trazia, *in verbis*, a seguinte redação:

§ 1º. A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram.

Como já falado no tópico supra, existe entendimento no sentido da inoportunidade do veto. Zelmo Denari é o defensor desta posição, defendendo que o veto deveria recair sobre o parágrafo 5º.

Porém, é dominante o posicionamento contrário. Para a maioria da doutrina o veto foi oportuno, pois o parágrafo 1º seria desnecessário. Defende esse ponto de vista Coelho, como pode-se ver em suas palavras:

O veto foi de todo oportuno. Em primeiro lugar, porque o dispositivo não mencionava as pessoas sobre as quais recairia a responsabilidade na hipótese de desconsideração de associações ou fundações. Além disso, situações de mau uso da autonomia patrimonial de sociedades comerciais há em que os responsáveis pelo ilícito são sócios minoritários, não elencados pelo dispositivo. Ora, em se tratando, dessa forma, de mera exemplificação, o mais conveniente mesmo é reservar o desenvolvimento do tema à doutrina e à jurisprudência. Em segundo lugar, a regra vetada poderia dar margem a uma série de dúvidas. Por exemplo: a pessoa sobre cujo patrimônio se efetivaria a responsabilização seria escolhida pelo interessado dentre as mencionadas? Assim, o controlador que não houvera praticado o ato ilícito poderia ser eleito pelo consumidor para efetivação da responsabilidade? Em caso de grupo societário, a efetivação somente

poderia recair sobre as sociedades dele integrantes? E os seus controladores? Essa hipótese, por outro lado, não estaria retratando uma solidariedade, em contradição com o disposto no § 2º do mesmo art. 28? Bem agiu o Executivo, portanto, ao proceder ao veto em questão.

Como se vê o veto foi oportuno e, ao contrário do que se pode tirar *a priori*, pode-se perfeitamente encontrar o responsável pelo dano ao consumidor. O patrimônio que irá suportar a reparação será o do autor do ato com desvio da personalidade jurídica, sem alcançar pessoas, que embora sejam controladoras ou administradoras, não deram causa à lesão.

Assim, visto todos os aspectos da previsão da desconsideração da personalidade jurídica no CDC, passamos tecer as considerações finais.

CONCLUSÃO

Após o árduo estudo sobre o controvertido tema, constata-se que as pessoas jurídicas, entes corpóreos que podem ser sujeitos de direito, foram criadas pelo homem que, visando um objetivo comum - o seu crescimento no cenário econômico mundial - necessitava de um organismo que possibilitasse ao mesmo um maior controle e melhor administração dos seus negócios.

Entretanto, em razão da ganância desse mesmo homem, as pessoas jurídicas passaram a ser utilizadas de forma diferente para a qual foram legalmente constituídas. Atos atentatórios à lei, aos estatutos ou contratos sociais, fraudes, simulações, abusos de direito, confusão patrimonial, tornaram-se uma prática comum. E essas práticas espúrias devem de alguma forma ser combatidas. Nada mais justo dar ao mesmo Estado que autorizou a constituição da pessoa jurídica o poder de, em certas ocasiões, desconsiderar a sua personalidade jurídica, levantando o véu societário e penetrando na sociedade.

Não obstante o fato de até os anos noventa a referida teoria ainda não estar normatizada, desde muito antes a mesma era utilizada, através de uma construção doutrinário-jurisprudencial. Com o Código de Defesa do Consumidor e posteriormente com a Lei de Crimes Ambientais houve a tão esperada inserção da teoria em nossa legislação, desfazendo, de forma inquestionável o muito da autonomia patrimonial da sociedade, até então considerada absoluta.

Verifica-se também a grande importância que tem o Judiciário quando por ocasião da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. A sua aplicação deve ser precedida da mais absoluta parcimônia, uma vez que se assim não o for, pode-se gerar insegurança jurídica tamanha capaz de afastar ou até mesmo impossibilitar os investimentos nas atividades econômicas no país, levando à crise e à recessão.

O magistrado não pode, e nem deve, no afã de fazer justiça, desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades comerciais de maneira descriteriosa e descuidada, afinal deve-se lembrar que todo o ordenamento jurídico pátrio foi criado no sentido de respeitar tão importante instituto.

Importante salientar o fato de que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica não visa em hipótese alguma desvalorizar o instituto da pessoa jurídica, e sim valorizá-lo, de maneira a impedir que as sociedades comerciais que estejam em desacordo com a lei gozem dos mesmos direitos e prerrogativas daquelas que ajam dentro da lei, devendo portanto, sofrer sanções.

Conclui-se, portanto, que tal medida extrema é excepcional, justificada e não duradoura. Após levantar-se o véu corporativo que protege a sociedade, para aquele caso concreto, onde tal medida extrema momentaneamente se fez necessária, recobre-se novamente a sociedade. Suspende-se, não se elimina.

Verifica-se também o grande avanço que foi a inserção da referida teoria no Código Civil de 2012, que, inclusive, encontra-se em um nível muito superior que a do art. 28 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, uma vez que neste há a idéia de exigência de culpa ou ilícito para que se aplique a desconsideração da pessoa jurídica, o que não ocorre na Lei Civil.

Desta forma, conclui-se que o instituto da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, advindo do direito alienígena, encontrou campo fértil no ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicado nos mais diversificados ramos de direito, sempre com o objetivo de evitar o prejuízo de terceiros em razão de fraudes e/ou abusos de direito cometidos pelas pessoas jurídicas, fazendo-se, dessa forma, a lúdima, curial e esperada Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor, Aspectos Processuais. São Paulo: Forense, 1998.
- BASTOS, Eduardo Lessa, Desconsideração da Personalidade Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- BRASIL, Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
- _____, Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.
- _____, Código de Defesa do Consumido. Lei nº 8.069 de 11 de setembro de 1990.
- _____, Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.
- _____, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado, 1988.
- _____, Lei de Defesa da Ordem Econômica. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.
- _____, Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605 de 13 de fevereiro de 1998.
- DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins de. Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- KOURY, Susy Elisabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 204.
- PEIXOTO, Maurício Cunha de. A desconsideração da personalidade jurídica e o art. 50 do Novo Código Civil. Disponível em: < <http://www.almg.gov.br> >. Acesso em: 25 out. 2011.
- PELLEGRINI, Grinover... [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos criadores do anteprojeto. Rio de Janeiro, Forense. 2010.
- REALI, Ronaldo Roberto. A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br> >. Acesso em: 25 out. 2011.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais 410/12.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 22. ed., 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2008.
- SÁ, Élide , CARRERA, Francisco. Planeta terra: uma abordagem de direito ambiental. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.
- SARAI, Leandro. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/90, Lei nº 8.884/94, Lei nº 9.605/98 e Lei nº 10.406/02. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 22 out. 2011.

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

SLAIB FILHO, Nagib. A desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br> >. Acesso em: 25 out. 2011.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Novo Código Civil, Disponível em: < <http://www1.jus.com.br> >. Acesso em: 25 out. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. São Paulo: Renovar, 2001.