



UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - UCAM

ELOÍSIO MAGALHÃES SILVA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Brasília-DF

2007

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES - UCAM

ELOÍSIO MAGALHÃES SILVA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito para Conclusão do curso de pós-graduação “lato sensu” em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

Brasília-DF

2007

Dedico

Este trabalho à minha família.

Quero expressar **minha gratidão** a meus pais, a quem devo a formação dos valores éticos, sociais, orais e espirituais que serviram para forjar o cidadão, pai e profissional que sou hoje, os quais me inspiram e me fortalecem, permitindo-me trilhar, com segurança, cada passo nessa incansável jornada.

RESUMO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem seu fundamento no princípio de que uma pessoa jurídica não pode ser criada para atingir fim contrário ao Direito, possibilitando ao magistrado, em circunstâncias especiais, configuradas por fraude, abuso de poder, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, afastar a personificação societária, para alcançar diretamente o patrimônio pessoal dos sócios responsáveis pelo ilícito perpetrado. Essa medida excepciona a aplicação do princípio da autonomia da pessoa jurídica, segundo o qual as pessoas jurídicas têm existência distinta das de seus sócios, o que implica dizer que o patrimônio societário é que responde pelas dívidas da sociedade. Isso porque, de acordo com o artigo 18 do Código Civil/16, com o registro do contrato ou estatuto social, a sociedade adquire o status de pessoa jurídica, com patrimônio próprio, inconfundível com o patrimônio de seus membros, constituindo-se, portanto, sujeito de direito e obrigações. A metodologia adotada na pesquisa a classifica como do tipo bibliográfica. Como resultados têm-se que esta é então a orientação que se mostra mais consentânea com a sistemática e a teleologia do Código, voltadas para a proteção aos interesses do consumidor, considerado, em regra, a parte mais fraca da relação de consumo, e que, por esse motivo, deve ter seus direitos tutelados e protegidos de maneira especial.

Palavras-Chave: Personalidade Jurídica, Patrimônio Societário, Princípio da Autonomia, Consumidor, Direitos tutelados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – O INSTITUTO DA PESSOA JURÍDICA	9
CAPÍTULO 2 – O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	11
2.1 Origens históricas	11
2.2 Seu Desenvolvimento no Brasil	14
2.3 A Legislação Brasileira e a Desconsideração da Personalidade Jurídica	17
2.4 A teoria nos dias atuais	19
2.5 A presença do elemento subjetivo como condição à aplicação da teoria	21
CAPÍTULO 3 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	23
3.1 Princiologia	23
3.2 Mudanças de Paradigma	25
3.3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz das Disposições do Código de Defesa do Consumidor	26
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

Atualmente, a proteção dos direitos e interesses do consumidor adquiriu status constitucional, ao dispor expressamente o artigo 5º, XXXII, da Carta Magna, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor", podendo a sua defesa em juízo ser exercida por iniciativa própria ou pelos entes públicos que estão amplamente legitimados.

A fim de viabilizar e instrumentalizar essa importante conquista para os cidadãos, menos de dois anos após a promulgação da Constituição Federal, entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, cujos regramentos, compatíveis com os melhores textos legais de igual natureza existentes no mundo, vieram para consolidar essa nova perspectiva de proteção posta à disposição da sociedade, mormente daquela parcela identificada como consumidor, definido no artigo 2º do citado diploma legal como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Entre tantas inovações trazidas no bojo desse importante instrumento legal, o legislador inseriu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir que, diante de situações específicas, possa o juiz determinar que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o patrimônio pessoal dos sócios administradores, entre outros possíveis responsáveis.

E a despeito de o "*caput*" do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor só autorizar a desconsideração quando, em detrimento do consumidor, se verificar abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, entre outras situações específicas, pretende-se demonstrar por meio deste estudo, que a desconsideração da personalidade jurídica também poderá ser efetivada sempre que a existência da sociedade, por si só, for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, tendo em vista a redação do § 5º do referido dispositivo, o qual se entende, sob o prisma da técnica legislativa, manter uma relação de independência em relação ao "*caput*".

Essa diferenciação é de fundamental importância, na medida em que a regra geral prevista no "*caput*" mantém-se fiel à teoria da "*disregard doctrine*", tal qual concebida em sua formulação originária, subjetivista, do final do século XIX, a qual enfatiza o elemento intencional como requisito indispensável ao afastamento do véu da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, assim entendida aquela situação em que esta houver sido utilizada fraudulenta ou abusivamente, na intenção deliberada de causar prejuízo aos credores.

Já pelo § 5º do artigo 28 criou o legislador uma nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a partir de um critério objetivo, que dispensa a configuração da fraude ou do abuso de direito, ao dispor expressamente que, "Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Essa orientação, visualizando no referido preceito normativo hipótese objetiva de desconsideração da personalidade jurídica, encontra ressonância em outros diplomas legais, mostrando-se mais consentânea com a sistemática protetiva do Código, já que o reflexo dessa doutrina no esforço de defesa dos interesses do consumidor, conforme observação de Marques¹, é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas.

O estudo será subdividido em capítulos, para que se tenha uma melhor visão do tema. No capítulo 1 serão feitas considerações acerca do instituto da pessoa jurídica, uma vez que esta sempre foi objeto de muita controvérsia doutrinária. No capítulo 2 será apresentada a origem histórica da desconsideração da personalidade jurídica bem como o tratamento do tema no Brasil, importando então sua importância no campo legislativo. Ainda no segundo capítulo abordar-se-á a desconsideração da personalidade jurídica, nos dias atuais. No capítulo 3 dá-se início à correlação entre o consumidor e a personalidade jurídica, trata-se do código de defesa do consumidor examinando o sentido teleológico que orientou sua elaboração. Importa ainda a desconsideração da personalidade jurídica à luz das

¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

disposições do código de defesa do consumidor visando tornar efetiva e eficaz a defesa dos direitos do consumidor. Por fim têm-se a conclusão do estudo onde serão mostradas as considerações em torno do que foi pesquisado.

CAPÍTULO 1 - O INSTITUTO DA PESSOA JURÍDICA

Embora o objetivo desse trabalho seja tratar do tema “desconsideração da personalidade jurídica”, especialmente sob o enfoque que lhe foi dado no Código de Defesa do Consumidor – possibilidade de desconsideração objetiva -, antes se faz necessário tecer algumas considerações acerca do instituto da pessoa jurídica, de fundamental importância para uma melhor compreensão quanto à aplicação da “*disregard doctrine*”.

Isso porque a discussão quanto à natureza da pessoa jurídica, esta sempre foi objeto de muita controvérsia doutrinária, o que ensejou a construção de uma grande variedade de teorias, dificultando ainda mais a busca pela uniformização do seu conceito.

De um modo geral, poder-se-ia ressaltar que o termo pessoa jurídica, como conhecido hodiernamente, foi empregado, em princípio, por Savigny² (1779-1861). O conceito era dado como a entidade a que a lei empresta personalidade, capacitando-a a ser sujeito de direitos e obrigações, tendo como principal característica a autonomia em relação à pessoa dos sócios, ou seja, dos indivíduos que a compõem (artigo 20 do Código Civil vigente).

Conforme a observação de Comparato³, como instituto jurídico, a pessoa jurídica possui a função de limitar os riscos empresariais, por meio do reconhecimento de sua existência como distinta da existência de seus membros, sócios, ou componentes, pretendendo com isso estimular o desenvolvimento social, que é obviamente indispensável.

² Friedrich Carl von Savigny (HFrankfurt am MainH, H21 de fevereiroH de H1779H – HBerlimH, H25 de outubroH de H1861H) foi um dos mais respeitados e influentes HjuristasH do Hséculo XIXH.

³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, São Paulo, 1976, Ed. RT, p. 491.

Sua capacidade decorre como consectário lógico, da personalidade que a ordem jurídica lhe reconhece por ocasião de seu registro, e estende-se a todos os campos do direito, não se limitando à esfera patrimonial, uma vez que todos os direitos subjetivos poderão também ser exercidos, como ocorre quando a pessoa jurídica adquire identificação, uma denominação, domicílio e nacionalidade.

Como a pessoa jurídica precisa ser representada, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, deverá ser administrada por quem o estatuto indicar ou que por quem seus membros eleger.

Ressalta Diniz⁴ que, modernamente, há uma tendência para substituir o termo “representante”, como ainda se encontra no ordenamento jurídico pátrio, pelo vocábulo “órgão”, atendendo que a pessoa natural não é simples intermediária da vontade da pessoa jurídica, o que dá a entender que há duas vontades, a do mandante e a do mandatário, quando, na verdade, há uma só, que é a da entidade manifestada, dentro das limitações legais, pelo seu elemento vivo de contato com o mundo jurídico.

Nessa linha de raciocínio, a pessoa jurídica é um ente autônomo, sujeito de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando, etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. Desse modo, como regra, seus integrantes somente responderão pelos débitos da pessoa jurídica até o limite de seu capital social, resguardado o patrimônio pessoal. Essa limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é uma conseqüência lógica de sua personalidade, pois, na medida em que a sua existência não se confunde com a das pessoas físicas que a compõem; se o patrimônio da sociedade personalizada não se identifica com o dos sócios, grande será a possibilidade de se lesar credores, ou de se praticar abuso de direito, para subtrair-se ao cumprimento de um dever, uma vez que os bens particulares dos sócios não poderão ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo : Saraiva, 2002, 18. ed., p. 238

CAPÍTULO 2 – O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 Origens Históricas

De um modo geral, pode-se afirmar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como doutrina da penetração, “*disregard doctrine*”⁵ ou doutrina do “*disregard of legal entity*” teve sua origem nos países do “*common law*”⁶, sendo apontado pela maioria da doutrina como marco inicial, o julgamento do caso *Salomon vs. Salomon & Co.* pela justiça inglesa, no ano de 1897, em razão de ter o juiz percebido que os sócios de uma mesma família haviam constituído a sociedade com a intenção deliberada de fraudar credores, de modo que a pessoa jurídica, ao término de um período de negócios escusos, encontrava-se em estado de insolvência, ao passo que o seu sócio majoritário, Salomon, tivera o patrimônio pessoal aumentado diversas vezes.

Constatada a prática fraudulenta, afastou o juiz de primeiro grau a eficácia da autonomia da pessoa jurídica, para permitir que o patrimônio pessoal do sócio respondesse pelas dívidas da sociedade. Todavia, a decisão foi reformada pela Corte, ao fundamento de que, tendo sido validamente constituída, a sociedade era regular, o que impedia que se desconsiderasse a personalidade jurídica.

A despeito de a inovadora sentença haver sido modificada, é de se observar que a iniciativa desse magistrado foi motivada pela compreensão de que uma pessoa jurídica não pode ser criada para atingir um fim contrário ao Direito, valorizando o princípio segundo o qual sua utilização deve ser empregada para fins negociais legítimos.

Vê-se, desse modo, que a teoria da desconsideração tem sua gênese justamente na necessidade de se garantir a atuação prevista juridicamente para as sociedades comerciais, o que significa dizer, assegurar que os sócios não venham a

⁵ Desconsideração da Personalidade Jurídica

⁶ Sistema legal oriundo da Inglaterra, utilizado ali e na maioria dos países que foram colônias ou territórios britânicos. Sua característica principal é a valorização da HjurisprudênciaH em detrimento das leis estatutárias.

se utilizar da máscara da pessoa jurídica para, por meio de atos aparentemente lícitos, atuar de forma inescrupulosa, causando prejuízos a terceiros.

Importante salientar que, nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, não ocorre a dissolução da sociedade, e sim, uma suspensão momentânea do seu ato constitutivo, afastando-se temporariamente sua autonomia, a fim de permitir que os sócios sejam responsabilizados pessoalmente pelas obrigações assumidas com fraude ou abuso de direito em nome da pessoa jurídica, permanecendo incólume para os demais atos praticados com fins legítimos. Daí porque não se há falar que a aplicação da teoria importaria em violação ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, o qual dispõe que a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus sócios, e que foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo artigo 20 do Código Civil de 1916, na intenção de proteger o patrimônio pessoal daqueles que almejam investir na atividade produtiva.

Parte da doutrina noticia, ainda, a existência de um primeiro caso nos Estados Unidos no ano de 1809, no qual o Juiz Marshall levantou o véu da pessoa jurídica – *piercing the corporate veil* –⁷ para considerar as características dos sócios individuais, mas por não se tratar de discussão envolvendo responsabilidade patrimonial, mas competência da justiça americana, prevalece, como “*leading case*”, o precedente *Salomon vs. Salomon & Co.*

Mas, discussões a parte quanto à decisão pioneira a ser considerada, o fato é que o desenvolvimento e aplicação da teoria de forma mais significativa ocorreram nos Estados Unidos. Em 1912, Wormser⁸, ao expor seu pensamento sobre o tema, ponderou:

[...] Quando o conceito de pessoa jurídica se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre

⁷ Alguns doutrinadores, entre eles Elisabeth Cristina Campos Martins de Freitas (**Desconsideração da Personalidade Jurídica**. São Paulo, Atlas, 2002, p. 52.), defendem que a primeira decisão sobre a desconstituição da pessoa jurídica ocorreu nos Estados Unidos, em 1809, no caso *Bank of United States versus Deveaux*, no qual o Juiz Marshall conheceu do caso e levantou o véu da pessoa jurídica (*piercing the corporate veil*) e considerou a característica dos sócios de forma individual.

⁸ Maurice Wormser, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, 12 C. OLUM . L. R. EV . 496,. 517 (1912)

peças reais⁹.

Superado esse período inicial, influenciado pela jurisprudência dos países do “*common law*”, sobretudo a norte-americana, o professor alemão Rolf Serick¹⁰ foi o primeiro a sistematizar a teoria da “*disregard doctrine*”, tal como veio a ser concebida em nosso país, por meio de sua obra “*Rechtsform und Realität Juristischer Personen*”.

Ao sintetizar os fundamentos da teoria em sua obra, procurou o autor alemão acentuar o seu caráter subjetivista, ou seja, sem a demonstração de uso abusivo ou fraudulento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, esta não poderia ser desconsiderada, reforçando, com seu pensamento, a idéia da validade da separação patrimonial da pessoa jurídica.

Segundo seu entendimento:

A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros. E não é sem razão que tal problema se repete. O fato de que os tribunais se encontrem sempre e mais freqüentemente às voltas com o mesmo, demonstra que o respeito incondicionado pela forma da pessoa jurídica pode, em determinados casos, levar a resultados não justos.

Infere-se de sua opinião que a desconsideração da personalidade jurídica mostrou-se para os tribunais dos países ligados ao sistema do “*common law*” como a melhor alternativa com vistas à obtenção de um resultado que equacionasse, a um só tempo, os anseios de justiça, sem se descuidar do necessário amparo legal, naquelas hipóteses em que se pudesse constatar o uso abusivo das atribuições legais advindas da existência de personalidade jurídica, entre elas a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade dos sócios.

Tudo isso significa dizer que os tribunais dos países, cujos sistemas jurídicos encontram raízes no direito anglo-saxão, optaram por atenuar o

⁹ Apud Rubens Requião, **Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica**, Revista dos Tribunais, 410/412, Dezembro de 1969, p. 14.

¹⁰ SERICK, Rolf. *Rechtsform und realitat juristischer personen : ein rechtsvergleichender Beitrag sur frage des Durchariffs auf die personen oder gegenstände hinter der juristischen person.* (Forma de direito e realidade das pessoas jurídicas). Tubigen : J.C.B. Mohr, 1955. 244 p

pragmatismo do instituto da pessoa jurídica, muito sedimentado e quase que intocável nos sistemas romano-germânicos, para se alcançar solução justa, por meio da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como medida para resolver os casos de abuso de direito.

Consoante observação de Guimarães¹¹, entende-se que é fácil de entender porque a desconsideração da pessoa jurídica tem sua origem nos países filiados ao direito anglo-saxão, onde predomina o sistema da *common law*. A justificativa está no fato de que as regras de direito da *common law* propiciaram aos Tribunais, na sua tarefa de ‘restabelecer a ordem perturbada’, afastarem preceitos legais, com o objetivo de conseguirem resultados mais adequados ao direito. O mesmo não ocorre com as regras de direito da família romano-germânica, que se assenta sobre a formulação de normas de caráter generalizante, cujo objetivo é orientar condutas futuras.

2.2 Seu Desenvolvimento no Brasil

No Brasil, uma conferência proferida por Rubens Requião, no fim da década de 60, intitulada “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”, é considerada como marco introdutório sobre o tratamento do tema, que encontrou certa dificuldade inicial, diante da ausência de um princípio de alcance geral que fosse aplicável na solução dos casos concretos.

Para Requião¹², a despeito da ausência de regulamentação sobre o tema em nosso país, a aplicação da *disregard doctrine* se justificava, na medida em que a personalidade jurídica é uma criação da lei, uma concessão do Estado, nada mais coerente, portanto, do que se reconhecer ao Estado, através dos órgãos judiciários, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado: A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude, através de seu uso.

¹¹ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre, **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, 1998, Ed. Max Limonad, 1998.

¹² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica – *Disregard doctrine*, 1977, p. 58-76.

Esse posicionamento foi alvo de críticas, à consideração de que o privilégio concedido pelo Estado não explicaria a aplicação da desconsideração em prejuízo dos sócios.

Verdade é que, parte da dificuldade encontrada, inicialmente, para a difusão da “*disregard doctrine*” no Brasil, deve-se ao fato de que o Direito Brasileiro tem sua origem, justamente, na tradição romano-germânica, o que irremediavelmente, faz com que o ordenamento jurídico brasileiro se organize com base em construções mais abstratas e genéricas, as quais, “*primo ictu oculi*”¹³, incompatibilizam-se com a aplicação da teoria, mormente quando confrontada com o princípio da autonomia da pessoa jurídica, pragmaticamente incorporado ao nosso Código Civil.

A despeito disso, na tentativa de sistematizar o instituto em nosso país, conferindo melhor compreensão aos seus postulados, outro renomado doutrinador, Coelho¹⁴, também preferiu adotar a formulação subjetivista de Serick, apenas com menos ênfase no elemento intencional para melhor adequá-la aos lineamentos da teoria do abuso do direito. Assim, enfatiza o respeitado doutrinador, salvo diante de expressa disposição da lei, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente pode ser ignorada se esta houver sido utilizada fraudulenta ou abusivamente, mas não diante de qualquer expediente fraudulento ou abusivo. Deve o ilícito caracterizar-se pelo uso da própria autonomia subjetiva da pessoa jurídica. Isso porque a emissão de um cheque em fundos é, com certeza, fraude. Mas se uma sociedade limitada saca um cheque sem fundos, evidentemente firmado pelo seu representante legal, não é cabível sustentar-se a desconsideração da pessoa jurídica, nesta hipótese, porquanto o ilícito reside somente na utilização fraudulenta do cheque, sem que tivesse ocorrido alguma forma de manipulação da autonomia patrimonial.

Para Coelho¹⁵, somente ocorrendo uma ocultação de uma pessoa atrás da personalização de um ente moral, para se furtar ao cumprimento de uma

¹³ Ao primeiro golpe de olho. Ao primeiro olhar. À primeira vista.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**, Revista do Advogado, março de 1992, n. 36, p. 42.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**, Revista do Advogado, março de 1992, n. 36, p. 42.

obrigação legal ou contratual dele próprio, é que se torna viável cogitar-se da desconsideração.

Dessa forma, pode-se coibir o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica, sem desrespeitar o princípio que resguarda sua autonomia patrimonial, possibilitando, assim, que a teoria da desconsideração seja uma elaboração doutrinária não na perspectiva do questionamento daquele instituto, mas do seu aperfeiçoamento, na busca da preservação da empresa.

Contraopondo-se a essa formulação subjetivista, Comparato¹⁶ trouxe sua contribuição ao debate¹⁷, ponderando que a formulação que a jurisprudência, sobretudo norte-americana, vinha aplicando há décadas, vinha se ressentindo de um grande casuísmo, verdadeiramente insatisfatório para um sistema jurídico do tipo romano-germânico, sem dúvida porque se trata, em sua maior parte, de uma criação jurisprudencial, na linha de influência da *equity* e de sua preocupação com a justiça do caso concreto, tornando o juiz autêntico criador do direito (*judge-made law*). À guisa de explicação geral, o que se nos oferece é um conjunto de metáforas.

O afastamento da personalidade jurídica com base nas noções de abuso de direito e fraude à lei não lhe parecia aceitável, por deixar de lado os casos em que a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem qualquer abuso ou fraude, como por exemplo na interpretação ampliativa, feita pela jurisprudência à época, da norma constante do artigo 8º, alínea e, do Decreto nº. 24.150, de 1934, no sentido de permitir a retomada do imóvel, na locação de prédio de fundo de comércio, pela sociedade cujo controlador é o proprietário do prédio.

No seu entender¹⁸, a separação dos patrimônios deveria ser afastada quando faltar um dos pressupostos formais, estabelecidos em lei; e, também, quando desapareça a especificidade do objeto social de exploração de uma empresa determinada, ou do objetivo social de produção e distribuição de lucros – o primeiro como meio de se atingir o segundo; - ou, ainda, quando ambos se

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, São Paulo, 1976, Ed. RT, p. 491.

¹⁷ Ibidem, p. 294-295.

¹⁸ Idem, p. 294.

confundem com a atividade ou o interesse individuais de determinado sócio. A sanção jurídica, em tais casos, não deve ser, indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio, ou da relação, mas a ineficácia. Não deve ser a destruição da 'entidade' pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*.

2.3 A Legislação Brasileira e a Desconsideração da Personalidade Jurídica

No campo legislativo, não obstante a teoria da desconsideração da personalidade jurídica só ter sido introduzida no Brasil na década de 1960, muitos consideram que a Consolidação das Leis Trabalhistas – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – já trazia, ainda que indiretamente, seus postulados.

Isso se deve à redação do artigo 2º, § 2º, da CLT, que assim dispõe:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Como se vê, após fixar o conceito de empregador, o referido dispositivo estabeleceu, por meio do seu § 2º, a responsabilidade solidária de todas as sociedades integrantes de um mesmo grupo empresarial, pelas obrigações decorrentes dos contratos de trabalho.

Ou seja, embora de forma abrangente, o legislador previu a possibilidade de se atingir o patrimônio de outras sociedades participantes de grupos econômicos, excepcionando a regra da autonomia que resulta da personificação jurídica de cada uma delas. Trata-se de situação em que sequer foi exigida a prova de fraude ou de abuso de poder para que outras empresas, que não a empregadora,

pudessem responder por dívidas trabalhistas desta, sendo suficiente que fossem integrantes de um mesmo conglomerado, para fazer surgir a responsabilidade solidária.

Isto porque, segundo o pensamento de Marçal Justen Filho¹⁹, a personalidade jurídica implica, por si só, independentemente de os sócios agirem fraudulentamente, em certo grau de abusividade, admitido pelo direito, em virtude da consecução de objetivos úteis para a coletividade.

Desse modo, considerando-se a posição do trabalhador frente à empresa, viu por bem o legislador afastar qualquer impedimento legal capaz de frustrar o direito do trabalhador de receber o que lhe for devido, instituindo a responsabilidade solidária para as sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico.

Todavia, mesmo diante da perceptível teleologia da norma, o TST editou o enunciado 205 de sua Súmula, dando interpretação restritiva ao referido dispositivo legal, em última análise, quase que tornando-o sem efeito, ao expressamente dispor:

O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

Cabe aqui a ressalva Guimarães²⁰, no sentido de que a aplicação da Súmula acima será justa apenas nos casos em que não houver fraude ou abuso de direito; ou seja, quando for o caso da simples impossibilidade patrimonial do empregador direito de saldar com o débito trabalhista, não tendo o co-responsável integrado o pólo passivo na reclamação trabalhista, comprovada alguma ilicitude ou abuso de direito, a execução direta sobre os bens do empregador indireto (sociedade integrante do grupo) estará autorizada, independentemente de ter participado ou não do processo de conhecimento.

¹⁹ Marçal Justen Filho foi Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR, na qual lecionou de 1978 a 2006. É mestre e doutor pela PUCSP e tem inúmeros livros e dezenas de artigos publicados em periódicos.

²⁰ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre, **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, 1998, Ed. Max Limonad, 1998.

Aqueles que não vêm no artigo 2º, § 2º, da CLT, hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, argumentam, justamente, que a responsabilidade da outra empresa integrante do grupo econômico não decorre de nenhuma ilicitude e, por isso, configuraria hipótese de responsabilidade solidária e não de desconsideração.

2.4 A teoria nos dias atuais

Superadas as dissensões principiológicas e doutrinárias iniciais, podemos tratar a desconsideração da personalidade jurídica, nos dias atuais, a partir de duas teorias distintas, a saber: a primeira, a partir de sua formulação subjetiva, e que é aceita pela maioria, denominada teoria maior da desconsideração; e a segunda, em que se fundamentará o desenvolvimento deste trabalho, teoria menor da desconsideração.

Na teoria maior, mantendo-se fiel à concepção clássica em que foi idealizado o instituto, a desconsideração só será autorizada nos casos em que a pessoa jurídica for usada para fraudar ou obter vantagem pessoal contrária à lei – abuso de direito -, orientação que foi contemplada pelo novel Código Civil, ao dispor o seu artigo 50 que:

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

Por desvio de finalidade, entende-se a prática, por parte da pessoa jurídica, de atos que se mostrem incompatíveis com sua atividade autorizada ou lícita, em regra, direcionados a favorecer o enriquecimento de seus sócios, em detrimento de seu equilíbrio administrativo e econômico.

A confusão patrimonial, como sugere a própria semântica, decorre da ausência de separação do patrimônio dos sócios com o da pessoa jurídica, possibilitando a evasão de recursos da empresa em prejuízo dos credores.

Pertinentes ao tema foram editados os seguintes enunciados nas jornadas de estudo organizadas pelo Superior Tribunal de Justiça:

Jornada I/STJ/51: “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.”

Jornada I/STJ/7: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.”

Jornada III/STJ/146: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no CC 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado 7).”

Por sua vez, a teoria menor se caracteriza por admitir a desconsideração não apenas em casos de desvio de finalidade e confusão patrimonial, como assegurado no Código Civil, mas também nas hipóteses de operações lícitas, em que a personalidade jurídica represente óbice à satisfação de algum direito do credor.

Hoje grande parte dos juizes tem admitido a aplicação da teoria menor como forma de forçar a pessoa jurídica ao adimplemento de suas obrigações. Parte da jurisprudência tem entendido que sujeitar o patrimônio pessoal dos sócios e administradores através da desconsideração é procedimento útil ao cumprimento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, pois todas as vezes que o patrimônio pessoal de alguém é afetado a tendência é que a situação seja resolvida de forma mais célere.

Nessa linha de entendimento, a desconsideração pode ser requerida todas as vezes que a pessoa jurídica está sendo de alguma forma obstáculo para satisfação de alguma obrigação, não havendo inclusive necessidade de fundamentação legal na legislação demonstrada.

Por derradeiro, releva considerar que, nos casos de aplicação da teoria da desconsideração não ocorre a dissolução da sociedade, mas, tão-somente, uma suspensão momentânea do seu ato constitutivo, afastando-se temporariamente sua autonomia, a fim de permitir que os sócios sejam responsabilizados pessoalmente

pelas obrigações assumidas com fraude ou abuso de direito em nome da pessoa jurídica, permanecendo incólume para os demais atos praticados com fins legítimos. Daí porque não se há falar que a aplicação da teoria importaria em violação ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, o qual dispõe que a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus sócios, e que foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo artigo 20 do Código Civil de 1916, na intenção de proteger o patrimônio pessoal daqueles que almejam investir na atividade produtiva.

2.5 A presença do elemento subjetivo como condição à aplicação da teoria

Outra hipótese foi instituída com a Lei 8.884/94, que transforma o CADE em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. O referido diploma legal traz em seu artigo 18 o quanto segue:

A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste 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.

O dispositivo anterior prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade quando há abuso de direito, excesso de poder, infração a lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Outro exemplo em nossa legislação que exige a presença do elemento subjetivo como requisito à desconsideração da personalidade jurídica veio com o novo Código Civil, que em seu artigo 50 assim dispõe:

Artigo 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou

sócios da pessoa jurídica.

Da redação do dispositivo em comento, verificamos a possibilidade de desconsideração quando ocorrer o desvio de finalidade, ou seja, quando a pessoa jurídica for utilizada para fins diversos do objetivo para o qual fora constituída. Já no tocante à confusão patrimonial, essa se configura quando há uma mistura dos deveres e obrigações assumidos pela pessoa física de um dos sócios com os deveres e obrigações vinculados a pessoa jurídica. Como exemplo de confusão patrimonial pode-se mencionar o sócio que paga suas contas pessoais com cheques ou dinheiro da pessoa jurídica.

CAPÍTULO 3 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 Princiologia

Examinando o sentido teleológico que orientou a elaboração do CDC, notadamente no que se refere ao seu caráter protecionista, percebe-se que o consumidor é visto, em regra, como hipossuficiente, ou seja, a parte mais fraca da relação de consumo, e que, por esse motivo, deve ter seus direitos tutelados e protegidos de maneira especial.

Essa orientação decorre do fato de que a Constituição consagrou a defesa do consumidor como direito fundamental, em todos os seus aspectos, e não apenas no que tange a questões procedimentais (artigos 5º, XXXII, e 170, V).

Assim é que o consumidor recebe dos poderes constituídos tratamento de resguardo, de proteção, fundado numa política interventiva do Estado. É o que se pode extrair da sensível mudança trazida pela nova ordem constitucional, a qual, superando a visão de proteção exacerbada ao indivíduo, homenageou a tutela dos direitos coletivos e sociais.

Não é outro o sentido do artigo 4º do CDC quando, ao descrever a "Política Nacional de Relações de Consumo", aponta, como objetivo, o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os princípios ali elencados:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança durabilidade e desempenho;

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os **princípios nos quais se funda a ordem econômica** (art. 170. da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. (Grifou-se).

Além disso, o Código consagra, como direito básico do consumidor, o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, bem como a facilitação da defesa dos seus direitos, consoante dispõe o seu artigo 6º, nos incisos VII e VIII.

Diante desse prisma, em razão do interesse social consagrado constitucionalmente, o Código de Defesa do Consumidor foi dotado pelo legislador de princípios de índole peculiar e de natureza pública, tais como o da dimensão coletiva da relação de consumo, o da transparência, o da equidade, o da justiça real, o da repressão eficiente, além de realçar o poder da intervenção estatal. São princípios que mitigam ou até mesmo afastam certos preceitos do Processo Civil ou de outros ramos do direito, para, em consonância com os novos valores jurídicos introduzidos pelo constituinte, buscar o estabelecimento de um efetivo equilíbrio nas relações de consumo, munindo o consumidor, parte mais vulnerável nessas relações, de instrumentos apropriados à concretização da justiça individual e coletiva.

Com efeito, tais princípios não podem ser renegados por interesse e a critério das partes; ao contrário, devem ser preservados independentemente da

atividade ou da inércia dos pólos da relação de consumo.

É de se concluir, portanto, que o espírito normativo que orienta o diploma consumerista ultrapassa os meros preceitos de proteção ao consumidor, cuja defesa foi elevada pelo legislador constituinte à condição de direito fundamental (insculpido no artigo 5º, inciso XXXII). Emerge daí, da própria Constituição, a característica principiológica do Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, a sua sina transformadora e conformadora de uma nova realidade social. E essa essência cogente que dele emana, mais até que simples homenagem à justiça social, exsurge como imperativo ao equilíbrio das relações de consumo em face do poder econômico, fazendo debilitar, em prol do interesse social.

3.2 Mudanças de Paradigma

Em relação a essa sistemática protetiva do Código, pondera Zitscher²¹:

Em outras palavras, ao aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva. O Código de Defesa do Consumidor não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.

A isto se entende a necessidade de se mudar paradigmas, o CDC brasileiro não é um Código de "consumo", como a consolidação legal francesa denominada "*Code de la Consommation*", nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis, concentrada no método do uso das cláusulas contratuais gerais, como lei alemã de 1976, *AGBGesetz*²². O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito,

²¹ ZITSCHER, Harriet C. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

²² NERY, Nelson Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 429 e seg.

sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito "diferente" da sociedade de consumo: o consumidor. É Código (todo construído sistemático) de Proteção (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor.

3.3 A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz das Disposições do Código de Defesa do Consumidor

Visando tornar efetiva e eficaz a defesa dos direitos do consumidor, o legislador pátrio inseriu no CDC o artigo 28, estabelecendo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Iniciativa que reflete a principiologia desse diploma legal, e que bem ao encontro dos anseios da sociedade brasileira, em regra, carente de instrumentos que a protejam em sua relação, quase sempre legal, estabelecida com grandes grupos corporativos.

Isso porque, conforme ressalta Guimarães²³:

[...] é notória a forma de atuar abusiva de grande parte das entidades poderosas economicamente, principalmente nos países de terceiro mundo, onde uma das marcas características é a desorganização da sociedade civil, com poucos instrumentos para se defender das práticas iníquas, como é o caso do Brasil. E, diga-se, a globalização econômica tão falada, não nos deixa mais tranquilos, no que tange ao respeito aos direitos fundamentais, encontrando-se entre eles a defesa do direito do consumidor; ao contrário, as crescentes discussões sobre a ética na atividade das empresas multinacionais demonstram serem absolutamente necessários os instrumentos que garantam o direito das partes mais fracas nas relações jurídicas.

Em resposta a essas inquietações, dispõe o artigo 28 do CDC :

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.

²³ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre, **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, 1998, Ed. Max Limonad, 1998, p. 48

A despeito de o legislador ter-se utilizado do verbo poder, dando a entender que a aplicação da teoria da despersonalização seria uma faculdade do magistrado, lê-se da segunda parte da redação do caput que a desconsideração também será efetivada, daí afirmar Nunes²⁴ que o juiz não tem o poder, mas o dever de desconsiderar a personalidade jurídica sempre que estiverem presentes os requisitos legais.

Feita essa observação inicial, pode-se depreender da leitura do dispositivo em questão, que as hipóteses nele contempladas estão associadas à presença de um elemento subjetivo identificado na prática do ato do qual decorreu o dano para o consumidor, para que se possa autorizar a oneração do patrimônio particular do sócio da pessoa jurídica, mantendo-se, portanto, sua redação fiel à concepção originária que inspirou a criação da *disregard doctrine*.

Destaque-se que Justen Filho²⁵, ao comentar a idéia de abuso da pessoa jurídica, muito antes da existência do Código do Consumidor, trouxe as seguintes considerações:

Enfim, sempre que a existência da pessoa jurídica significar a frustração de uma faculdade alheia será o caso da invocação da teoria do superamento? [...] O grande dilema do direito (e, por extensão, do jurista) reside em que a consagração da personificação societária envolve, fatalmente, a frustração de faculdades asseguradas juridicamente. A idéia de pessoa jurídica vincula-se à de abuso, muito embora abuso admitido pelo direito.

Acontece que, na seqüência da redação do caput, após serem inseridos três parágrafos versando sobre a responsabilidade das sociedades, foi introduzido o § 5º dispondo que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A despeito da aparente contradição principiológica, iniludivelmente, não

²⁴ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

há outra forma de validar o § 5º senão interpretando-o como complemento do caput, tornando claro que o rol das hipóteses anteriormente apresentadas possui um caráter meramente exemplificativo, dada a amplitude de sua redação, ao deixar expresso o intuito de assegurar o ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor em qualquer outro caso em que a existência da personalidade jurídica for obstáculo à consecução desse fim.

Orientação também defendida por Koury²⁶:

Todavia, a enumeração dos fundamentos legais para a desconsideração do caput do art. 28, não é, a nosso ver, *numerus clausus*, tendo caráter meramente exemplificativo e devendo ser entendida em consonância com os objetivos visados pelo legislador ao elaborar a norma. Esse posicionamento é corroborado pelo § 5º do art. em exame, no qual se prevê a possibilidade de aplicação da *Disregard* sempre que 'a forma da pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Por esse prisma, sem fazer tábula rasa do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, consagrado no artigo 20 do Código Civil - por ser ele indispensável ao incremento da atividade econômica no país – mas atento à mudança de paradigmas implementada com a vigência do CDC, ressei que, pela norma do § 5º do artigo 28 o legislador criou uma nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a partir de um critério objetivo, e a correlação desse parágrafo com o caput, avulta da própria literalidade da sua redação, ao dispor, textualmente, que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica, indicando o advérbio em referência expressa condição de equivalência ou similitude em relação ao caput, a fim de facultar ao julgador, repise-se, mesmo fora das situações ali descritas, desconsiderar a pessoa jurídica, quando sua existência constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Entender-se de outro modo, significaria retirar-lhe toda a eficácia, já que, diante de alguma das situações descritas no caput já seria possível levantar o véu da pessoa jurídica para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios,

²⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **Desconsideração da Personalidade Jurídica** – Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil, São Paulo : Atlas, 2002

independentemente de haver qualquer obstáculo à reparação aos consumidores.

Advogam alguns doutrinadores que teria havido equívoco remissivo, ao recair o veto presidencial sobre o § 1º quando deveria ter recaído sobre o § 5º. A esse pretexto, encontrava-se o referido § 1º redigido nos seguintes termos:

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

Por sua vez, os argumentos apresentados pela Presidência da República, para justificar o veto, foram os que se seguem:

O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.

De fato, tais fundamentos parecem estar dissociados da redação do § 1º, considerado por muitos, essencial para a aplicação do artigo, ao passo que o § 5º renegou os pressupostos da fraude e do abuso de direito para a aplicação da teoria.

A esse respeito, segundo se pronunciou Amaro²⁷, o preceito ditado no § 5º possui vício que o torna inconciliável com o *caput*, na medida em que o parágrafo tem início com o advérbio “também”, dando a impressão de que mais alguma hipótese poderá ser adicionada ao elenco do *caput*. Em vez disso, são utilizadas as expressões genéricas sempre que e de qualquer forma, a demonstrar que a redação do § 5º c/c o *caput*, apresenta um serviço legislativo viciado por insanável impropriedade.

Tal alegação, contudo, de que por erro, é que o § 1º apareceu com veto no Diário Oficial, não se compadece com o nosso sistema de direito positivado, no qual a lei vale por aquilo que está escrito. Daí presumir-se que o legislador não

²⁷ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

insere no texto palavras inúteis.

Não há nenhum empeco, todavia, à convivência simultânea do texto normativo aberto do parágrafo, que traz uma nova possibilidade de desconsideração, com a regra do caput, podendo o julgador trabalhar com as duas hipóteses, sendo de se assinalar que o próprio Denari²⁸, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao comentar o referido dispositivo pontifica: “O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito”.

Destarte, correto afirmar que, independentemente da ocorrência de fraude ou infração da lei, poder-se-á admitir a desconsideração da personalidade jurídica, quando esse for o obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor, sendo indispensável, tão-somente, a prova do dano e do nexo de causalidade entre este e o fato decorrente da relação de consumo.

Conclui-se, portanto, que o legislador conferiu, com esse dispositivo, extensão quase ilimitada ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Primeiramente, no que se refere à abrangência dos entes comerciais a serem atingidos, na medida em que preconiza que deve ocorrer a desconsideração sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de dano causado ao consumidor. O que significa dizer: Havendo comprovado dano e estando a sociedade insolvente, devem os sócios responder com seus patrimônios pessoais. Por outro lado, havendo a previsão de que também poderá haver a desconsideração, sempre que a personalidade jurídica configurar obstáculo ao ressarcimento do dano sofrido pelo consumidor, ficam dispensadas as presenças de qualquer dos demais.

Essa orientação, visualizando no § 5º hipótese objetiva de desconsideração da personalidade jurídica, encontra ressonância, inclusive, em outros diplomas legais, de que é exemplo a Lei nº. 9.605/98, versando sobre as

²⁸ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio Janeiro: Forense Universitária, 7. ed., 2001

sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, cujo artigo 4º assim dispõe:

Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Outra hipótese de desconsideração objetiva da personalidade jurídica veio com a Lei nº. 9.605/ - Lei de Responsabilidade Ambiental -, que em seus artigos 2º, 3º e 4º faz menção expressa a hipóteses de desconsideração, senão vejamos:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la;

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato;

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

Na área do Direito do Trabalho, também existem decisões aplicando a teoria da despersonalização na execução de créditos trabalhistas, uma vez constatada a insuficiência do patrimônio societário para honrar tais compromissos.

Sem embargo de abalizadas opiniões em sentido contrário, não podemos nos olvidar, conforme já assinalado, da especial atenção dispensada pelo legislador à defesa dos direitos do consumidor, erigidos que foram à garantia fundamental e princípio da ordem econômica, nos termos dos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal.

Conforme a observação de Marques (2003)²⁹, O reflexo desta doutrina no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas.

Nesse sentido, aliás, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, pela maioria de sua Terceira Turma, no julgamento do REsp 279.273/SP, DJ 29/03/2004, relator para o acórdão o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro³⁰, nos autos da ação reparatória movida pelas vítimas e herdeiros de pessoas que perderam a vida com a explosão do Osasco Plaza Shopping³¹. Proposta a ação conjuntamente em desfavor da locadora e administradora do centro comercial, bem como de seus administradores, constatou-se que a liquidação iria alcançar valor vultoso, haja vista que foram 40 (quarenta) mortos e mais de 300 (trezentos) feridos, de modo que o capital social das empresas envolvidas não seria suficiente para cobrir as indenizações.

Verificado, portanto, o estado de insolvência, fato este suficiente para a causar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, decidiu o Tribunal pela subsunção do caso ao § 5º do artigo 28, para permitir que o véu da pessoa jurídica fosse levantado, a fim de que os sócios e administradores respondessem com seu patrimônio pessoal pelos prejuízos causados, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa. Esta a ementa do acórdão:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

³⁰ Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, decano do Superior Tribunal de Justiça (STJ), representante do Tribunal no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na função de Ministro Corregedor do Conselho.

³¹ Acidente ocorrido em 11 de junho de 1996 no shopping na cidade de Osasco, às vésperas do Dia dos Namorados, no horário de almoço, nas imediações da praça de alimentação, devido à explosão por acúmulo de gás em espaço livre entre o piso e o solo. O saldo do acidente entre outras coisas consiste na danificação de mais de 40 lojas e locais de circulação, 40 mortos e mais de 300 feridos.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.
- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).
- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.
- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.
- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.
- Recursos especiais não conhecidos.

Vê-se, portanto, que a norma do § 5º do artigo 28 veio dar interpretação própria aos postulados da teoria, o que faz com que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica recebesse no Brasil contorno bem mais liberal, sempre que a discussão decorrer de relações de consumo.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo realizar uma revisão bibliográfica acerca da desconsideração da personalidade jurídica frente ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Nesse sentido, vale dizer que o tema, indiscutivelmente, suscita grande dificuldade, seja por seu caráter inovador, seja pela falta de consenso na doutrina e na jurisprudência, quanto aos critérios a serem observados na sua aplicação, já que, sendo produto de construção jurisprudencial, nascido nos países de direito consuetudinário (Inglaterra e Estados Unidos), sua aplicação em outros países esbarra na dificuldade de elaborar um conceito abrangente, capaz de abarcar todas as hipóteses.

É válido dizer que diante de tal dificuldade caberá ao Judiciário a árdua missão de averiguar, com equilíbrio e bom-senso, em cada caso concreto, a possibilidade da sua aplicação, pavimentando o tortuoso caminho de interpretação da norma jurídica.

Desse modo, a despeito da indiscutível importância do instituto da autonomia da pessoa jurídica, sua aplicação não é absoluta, visto que, ocorrendo alguma das situações previstas em lei, os efeitos de certas obrigações podem ser estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, por força da teoria da *disregard doctrine*.

O reflexo dessa doutrina no esforço de proteção dos interesses do consumidor decorre do status constitucional adquirido por essa expressiva parcela da sociedade, bem como da principiologia adotada pelo CDC no sentido de facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores pessoas jurídicas. Sob esse prisma, dispõe o artigo 28 do CDC que:

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.

A despeito de o "*caput*" do artigo 28 do CDC manter-se fiel à teoria da "*disregard doctrine*", tal qual concebida em sua formulação originária, subjetivista, a desconsideração da personalidade jurídica também poderá ser efetivada sempre que a existência da sociedade, por si só, de alguma forma for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Lineamentos da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica**, Revista do Advogado, março de 1992, nº 36, p. 42.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**, São Paulo, 1976, Ed. RT, ps. 294/295.
- _____. **O poder de controle na sociedade anônima**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 401.
- DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio Janeiro: Forense Universitária, 7. ed., 2001, 208/214 ps.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo, 2002, Ed. Saraiva, 18ª edição, p. 238.
- GUIMARÃES, Flávia Lefèvre, **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**, 1998, Ed. Max Limonad, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. **Desconsideração da Personalidade Jurídica – Análise à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil**, São Paulo, 2002, Ed. Atlas S/A, .
- MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 388/396 ps.
- NERY, Nelson Jr., **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto** , Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 429 e seg.
- NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2. 00., 2005, 357 p.

REQUIÃO, Rubens, **Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica**, Revista dos Tribunais, 410/412, Dezembro de 1969, p. 14.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica** – Disregard Doctrine, 1977, ps. 58/76.

SERICK, Rolf. *Rechtsform und realitat juristischer personen: ein rechtsvergleichender Beitrag sur frage des Durchariffs auf die personen oder gegenstände hinter der juristischen person.* (Forma de direito e realidade das pessoas jurídicas). Tubigen : J.C.B. Mohr, 1955. 244 p

ZITSCHER, Harriet C.. "Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês". Belo Horizonte: Del Rey, 1999.