

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

ACYR MAURICIO GOMES TEIXEIRA

Advogado e professor universitário

Especialista em Direito

Processual Penal – FMU e em

Direito Empresarial – FIRB

Mestre em Direito pela UNITOLEDO

RESUMO

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica nasce quando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, distinta de seus membros, acaba por incentivar a prática de atos fraudulentos, através da pessoa jurídica, como um verdadeiro instrumento do abuso de direito.

O Código de Defesa do Consumidor determinou expressamente, em seu art. 28, condições para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, indicando 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. Poderá, ainda, ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica revela a preocupação do legislador infraconstitucional na busca pela proteção da ordem jurídica e coibindo abusos da personalidade jurídica empresarial.

ABSTRACT

The theory of disregard of the legal personality of corporations arises when the legal entity, having a legal personality which is distinct from its members, encourages the commission of fraudulent acts, by a corporation, as a true instrument of abuse of rights.

The Code of Consumer Protection has expressly determined in its art. 28, conditions for application of the theory of piercing the corporate veil, finding that the judge may disregard the legal personality of the company when, at the expense of the consumer, there is abuse of rights, abuse of power, violation of law, fact or tort or violation of statutes or social contract. It may also be disregarded when the corporate personality is somehow an obstacle to recover damages caused to consumers.

The concretization of that theory reveals the concern of the lawmakers about seeking the protection of the law, and curbing abuses of corporate legal personality.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a defesa do consumidor seria promovida pelo Estado, incluindo-a no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos¹. Mais adiante acrescenta tratar-se de um princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna.

Com isso, são legitimadas as medidas de proteção estatal para assegurar não propriamente o consumidor, mas a sociedade de consumo, pilar da economia de mercado. Também é reconhecida uma nova categoria de sujeitos de direito, os consumidores.

Michel Miaille, a respeito do sujeito de direito, destaca que esta noção é algo “indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias, que exprime, na realidade, uma relação social – a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho –, vai ser escondida por ‘relações livres e iguais’, provindas aparentemente apenas da ‘vontade de indivíduos independentes’”².

E arremata: “o modo de produção capitalista supõe, pois, como condição de seu funcionamento a ‘atomização’, quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. No plano jurídico, esta representação toma a forma de uma instituição: a do sujeito de direito”.

Nesse contexto, é possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor protege o consumo e não o consumidor, que é visto apenas como um elemento da sociedade de consumo.

Há evidente interesse público na proteção e defesa do consumidor, pois as relações de consumo são a força motriz da economia, promovendo a circulação de bens, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Cuidou o Estado de proteger o consumidor, geralmente hipossuficiente na relação de consumo, pois a concepção de Estado Social permite a tutela das relações entre consumidores e empresários, evitando abusos do poder econômico e as práticas negociais onerosas³. Ao assim atuar, protege o próprio consumo.

É evidente que a proteção ao consumidor não pode inviabilizar a livre iniciativa, sendo certo que um dos elementos fundamentais para garantir o desenvolvimento econômico é a possibilidade de pessoas unirem-se formando sociedades voltadas para um fim comum, onde há limitação das responsabilidades de cada um dos sócios.

Com isso estimula-se a atividade econômica, permitindo a circulação de riquezas e o atendimento dos princípios constitucionais (arts. 1º, inc. IV, e 170).

Contudo, isto não pode servir de entrave para que o consumidor obtenha a mais ampla reparação por vícios de qualquer natureza, motivo pelo qual o princípio, antes absoluto, da autonomia patrimonial, sofre temperamento para adequar-se à realidade da nova sociedade que procura se afastar da visão liberalista e não intervencionista do Estado, pois orientada pelo princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade:

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do 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.

§ 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.”

2. Desconsideração ou corresponsabilidade?

A pessoa jurídica atua manifestando sua vontade através daqueles que a compõem, sócios, gerentes ou seus administradores. Basta que se apliquem as regras de responsabilidades, previstas no ordenamento jurídico, para ressarcimento daqueles atingidos por atos danosos praticados pelos sócios ou administradores por intermédio da pessoa jurídica.

Isto porque a teoria da desconsideração possui utilização restrita, não podendo desgarrar-se daqueles pressupostos que lhe são próprios, abuso de direito ou fraude à lei. Tampouco é possível a sua utilização para o caso em que o ordenamento jurídico fornece meios de responsabilização direta dos sócios, gerentes, acionistas e administradores⁴.

Neste sentido Alexandre Ferreira de Assumpção Alves sustenta:

*“Insta sublinhar que a matéria contida nos parágrafos 2º a 4º não é considerada como desconsideração, mas simples extensão da responsabilidade do fornecedor ou fabricante a outras empresas do mesmo grupo econômico, como já se encontra em outras searas jurídicas idênticas medidas (à guisa de ilustração, no art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho).”*⁵

A lei consumerista enumera as hipóteses em que é possível desconsiderar a personalidade jurídica: 1) quando houver abuso do direito; 2) em caso de excesso de poder; 3) infração da lei, fato ou ato ilícito; 4) violação dos estatutos ou contrato social; 5) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O primeiro item – abuso de direito – está em conformidade com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁶.

Os itens 2 a 4 versam a respeito da responsabilidade do sócio ou representante por ato próprio na condução da sociedade, quando o fato ilícito é imputado diretamente aos sócios ou representantes.

No item 5 verifica-se a presença de um conceito vago – má administração – que conduz à responsabilização do sócio-gerente ou administrador. Não há como alcançar diretamente os sócios, acionistas ou controlador, pois se trata de responsabilidade própria do administrador, gerente ou liquidante que não agiu conforme regras administrativas próprias para o caso.

Logo, podendo ocorrer a direta responsabilização dos sócios ou administradores, não representa a personalidade jurídica um obstáculo e, portanto, não se faz necessária a sua desconsideração.

A respeito, destaca Fábio Ulhoa Coelho:

“Com efeito, a teoria da desconsideração tem pertinência 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 de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é responsável pela indenização correspondente. Nesse

O Código de Defesa do Consumidor protege o consumo e não o consumidor, que é visto apenas como um elemento da sociedade de consumo

caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ilícito que praticou.”

Dessa forma, não há desconsideração diante da imputação direta da responsabilidade ao sócio ou administrador por excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, hipóteses previstas no Decreto 3.708/19, art. 10, e na Lei 6.404/76, arts. 115, 117 e 158.

3. Desconsideração dos grupos

É controvertida a abordagem da desconsideração no Código de Defesa do Consumidor, sendo possível notar que a intenção do legislador foi atingir os grupos societários, como se observa dos §§ 2º a 4º:

“Art. 28. (...)

§ 1º (...)

§ 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.”

A preocupação do legislador procede, na medida em que se constata o crescimento da figura da empresa como “principal protagonista da sociedade moderna”⁸, destacando, no âmbito econômico, a superação do capitalismo industrial para o “capitalismo de grupos, da concentração empresarial”.

Através da concentração, as empresas buscam crescer para tentar ocupar o maior mercado consumidor possível, o que pode se dar através da expansão simples, fusão, incorporação, cessão do ativo, acordos e uniões.

Na visão de Cavalcante Koury: “Os grupos de empresa constituem, sem dúvida, um dos procedimentos concentrados mais apropriados para a obtenção de maior produtividade e maiores lucros, com menores custos, pois, através deles, submetem-se à unidade de poder diretivo, empresas juridicamente independentes, mas economicamente unidas”.

Quanto à personalidade jurídica, apesar da sua unidade em termos diretivos entre pessoas jurídicas independentes, permanecem autônomas em relação umas das outras. Não são afetadas, portanto, as personalidades jurídicas, que permanecem independentes: “Com efeito, a personalidade jurídica de cada uma das empresas do grupo revela a autonomia formal das

unidades que o compõem, apesar de elas visarem aos mesmos objetivos e encontrarem-se, na realidade submetidas à unidade de direção”.

Novamente é importante resgatar, nesse ponto, algumas noções de direito societário. Grupos de sociedade são aqueles constituídos por uma controladora e suas controladas.

No grupo de sociedade tem-se um processo convencional em que a sociedade passa a ser integrada em um grupo que é responsável pela condução das sociedades convenientes. Forma-se um grupo que tem por objetivo congregar os diversos meios de produção de que dispõem para obtenção de maior produtividade, maior lucro e menor custo, subordinando-se sociedades juridicamente independentes sob um único comando. O art. 266 da Lei de Sociedades Anônimas diz que a convenção do grupo estabelece a estrutura administrativa, a coordenação ou subordinação dos administradores das diversas sociedades filiadas, mas cada uma delas conserva sua personalidade e patrimônio distintos.

Há uma autonomia jurídico-patrimonial entre as sociedades, não obstante a crítica de Modesto Carvalhosa, que assevera ser esta autonomia “incompatível com a natureza e a estrutura dos grupos convencionais que formam uma sociedade de segundo grau, ainda que não personalizada”.

No art. 267 da Lei de Sociedade Anônimas é estabelecida a obrigatoriedade da expressão grupo de sociedades ou grupo como forma de atender ao princípio da publicidade, segundo o qual, “ao conhecerem, pela denominação, que a sociedade sofre as vinculações de gestão e patrimoniais decorrentes da convenção, não podem os terceiros contratantes alegar ignorância sobre o *status* da sociedade com quem contratam”.

Sociedades consorciadas (consórcio) são uma reunião de sociedades que se agrupam para executar um determinado empreendimento, não tendo personalidade jurídica, obrigando-se em nome próprio. Como conceitua Modesto Carvalhosa: “Constitui o consórcio uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam. Estas procuram um fim comum específico, que é retirado dos fins gerais de cada uma delas”⁹.

A diferença entre os grupos de sociedade e a sociedade consorciada reside no fato de que para aqueles o objeto é permanente; para esta, ao contrário, seu objeto é um determinado empreendimento, para ele unindo seus esforços, conservando a sua autonomia a ponto de obrigarem-se em nome próprio.

Ponto a ser destacado é a ausência de personalidade jurídica do consórcio, tendo apenas uma “personalidade judicial e negocial, que se expressa pela

existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva (art. 279). A representação decorre de mandato das sociedades consorciadas”.

Dessa forma, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica do consórcio simplesmente porque ele não a possui. Essa consideração reforça a tese de que o § 3º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor trata de hipótese de responsabilidade solidária, e não de desconsideração.

Da leitura do art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que o legislador ampliou a responsabilidade das sociedades consorciadas, que na Lei das Sociedades Anônimas é limitada às obrigações que assumiram no contrato de consórcio.

Não houve revogação do § 1º do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas, pois o art. 28, § 3º, da lei consumerista ressalta que a solidariedade somente ocorre pelas obrigações decorrentes das suas disposições. Em outras palavras: somente se houver relação de consumo, será possível sua aplicação.

Nesse contexto importa salientar que duas correntes doutrinárias procuram definir o campo de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor: a teoria maximalista e a teoria finalista.

A teoria maximalista entende o Código de Defesa do consumidor como a norma regulamentadora do mercado consumidor brasileiro, destacando-se a lição de Claudia Lima Marques:

“Já os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.”¹⁰

De outro lado, a teoria finalista procura delimitar claramente o conceito de consumidor para aplicar restritivamente as disposições consumeristas, novamente citando Claudia Lima Marques:

“Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inc. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor

e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

(...)

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial lhes concede.”

Portanto, estando presente uma relação de consumo, é aplicável o art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor; nos demais casos prevalece a regra do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas.

É possível observar uma distinção entre a responsabilidade das sociedades integrantes dos grupos societários e das sociedades controladas, em relação às sociedades consorciadas. Para as primeiras a responsabilidade é subsidiária, enquanto nas consorciadas a responsabilidade é solidária.

Inovou o legislador neste ponto, pois o art. 278 da Lei de Sociedades Anônimas estabelece que as sociedades consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

No art. 28, § 2º, do CDC tem-se responsabilidade subsidiária – o consumidor que é lesado pela sociedade controladora ou controlada pode buscar o completo ressarcimento dos danos causados em face dos demais integrantes, de forma subsidiária.

No art. 28, § 3º, inovou o CDC, pois estabelece responsabilidade solidária entre as consorciadas, quando a Lei das Sociedades por Ações prevê que não há presunção de solidariedade (art. 278, § 1º).

Enquanto Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto, ao tratar o art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas, defende que “o § 3º do art. 28 derogou expressamente essa disposição da lei comercial, criando, nas relações

Não é possível
desconsiderar a
personalidade
jurídica do
consórcio
simplesmente
porque ele não a
possui

de consumo, um vínculo de solidariedade entre as empresas consorciadas, em benefício do consumidor”¹¹, seria prudente afirmar que somente ocorrerá sua aplicação quando presente uma relação de consumo, valendo as considerações anteriormente efetuadas quanto às teorias maximalista e finalista.

Com efeito, não é possível admitir que a lei consumerista revogue disposição legal especial que regula as sociedades por ações, neste caso os consórcios.

Portanto, adotando-se a teoria finalista, tem-se que o art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor somente será aplicado quando se estiver diante de uma relação de consumo; caso contrário, aplicar-se-á a regra inscrita no art. 278 da Lei de Sociedades Anônimas¹².

Quanto às sociedades coligadas, tem-se que são aquelas em que há participação de uma sociedade no capital de outra em 10% ou mais, sem controlá-la.

No sistema consumerista, as coligadas só responderão por culpa¹³. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor elegeu a responsabilidade objetiva como orientação em matéria de responsabilidade civil:

*“Andou mal o elaborador da Lei 8.078/90, ao exigir culpa das sociedades coligadas (art. 28, § 4º) para a desconsideração da personalidade jurídica. É que o sistema jurídico adotado pelo CDC foi o de responsabilidade civil objetiva, em que não se perquire o fator de culpa: depois, porque nos litígios de consumo a interpretação deve favorecer o consumidor. Além disso, pela existência da responsabilidade civil objetiva e pela inversão do ônus da prova em favor do consumidor, inadmissível é a exigência feita ao consumidor para provar a culpa do fornecedor em relação de consumo no qual ocorrem as hipóteses para a desconsideração da personalidade jurídica.”*¹⁴

Ainda quanto aos grupos, Rubens Requião propõe classificação em grupos de direito e grupos de fato. No primeiro, estariam a sociedade controladora e suas controladas organizadas por convenção registrada na Junta Comercial. Assim, os grupos de direito “importam numa convenção, formalizada no Registro do Comercio, tendo por objetivo uma organização composta de companhias, mas com disciplina própria, sendo reconhecidas pelo direito”¹⁵.

Os grupos de fato “são aquelas sociedades que mantêm, entre si, laços empresarias através de participação acionária, sem necessidade de se organizarem juridicamente. Relacionam-se, segundo o regime legal de sociedades isoladas, sob a forma de coligadas, controladoras e controladas, no sentido de não terem necessidade de maior estrutura organizacional”.

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury destaca a existência de duas modalidades básicas – grupos de coordenação e os de subordinação:

“Nos grupos de coordenação, caracterizados pela unidade de direção entre empresas juridicamente autônomas, as relações estabelecidas entre elas têm índole igualitária, no sentido de igualdade de forças econômicas, de paridade de possibilidade de decisão, sem que isto implique em unidade de controle. O objetivo principal dessa modalidade de grupo é a harmonização da política empresarial e das questões fundamentais da direção social de uma empresa com as outras.

Por sua vez, os grupos de subordinação caracterizam-se fundamentalmente pela unidade de controle, ou seja, pela preeminência de uma empresa sobre outra, com possibilidade de exercício de dominação, de controle da atividade subordinada.

De fato, a noção de controle é essencial aos grupos de subordinação, pois é o controle que assegura a sua coesão.”¹⁶

Neste contexto, somente no caso dos grupos de subordinação justificaria-se a aplicação da teoria da desconsideração, em razão da unidade de controle. Nos grupos de coordenação, não se justificaria a desconsideração, dada a evidente autonomia e independência.

Do estudo realizado restou demonstrado que não tratam os §§ 2º, 3º, 4º de casos próprios de desconsideração, mas de hipóteses de responsabilidade direta das sociedades.

4. A desconsideração em função do prejuízo

O art. 28, § 5º, do Código de defesa do Consumidor prevê a aplicação da teoria da desconsideração sempre que a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. O critério estabelecido pelo legislador para permitir a desconsideração foi o de prejuízo aos consumidores.

Neste caso não se cogita da fraude à lei ou abuso de direito, inovando o legislador com o objetivo de viabilizar aos consumidores hipóteses através das quais fosse garantido o ressarcimento de prejuízos eventualmente sofridos, não sendo a personalidade obstáculo hábil a impedi-lo.

Como salientado anteriormente, a personalidade jurídica é um princípio fundamental do ordenamento jurídico, mas não absoluto.

Apesar de não se referir à fraude ou abuso de direito, é possível admitir a desconsideração no caso do dispositivo legal, por se tratar de hipótese

expressamente prevista pela lei. Conforme salienta Fábio Ulhoa Coelho, “não se deve esquecer das hipóteses em que a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica prescinde da ocorrência da fraude ou de abuso de direito. Somente diante do texto expresso de lei poderá o juiz ignorar a autonomia da pessoa jurídica, sem indagar da sua utilização com fraude ou abuso de direito”¹⁷.

No entanto, este autor destaca, em outra oportunidade, que não é a simples existência do prejuízo patrimonial do consumidor que permite a desconsideração, apresentando três razões para tanto:

*“Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a disregard doctrine representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, que, assim, só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação de credor não autoriza, por si só, a desconsideração. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o caput do mesmo art. 28, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à revogação do art. 20 do Código Civil em matéria de defesa do consumidor. E se tivesse sido esta a intenção do legislador, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.”*¹⁸

Flávia Lefèvre Guimarães ressalta que o § 5º representa “extensão quase ilimitada ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica”¹⁹, pois, sempre que a personalidade representasse algum tipo de obstáculo ao ressarcimento do consumidor, em função da insolvência da sociedade, seriam os sócios atingidos através da desconsideração.

Contrariando o posicionamento do professor Fábio Ulhoa Coelho, a autora destaca que a utilização do § 5º do art. 28 não tornaria letra morta o *caput*, pois os requisitos ali previstos seriam dispensados em razão da prevalência da ideia de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação de consumo. Para Marçal Justen Filho, a criação da pessoa jurídica já é um abuso, mas é tomado como abuso assumido pelo direito em função dos benefícios que traz à comunidade.

Corroborando a tese de que não há conflito entre o § 5º e o *caput*, tem-se a lição de Cavalvante Koury:

“Todavia a enumeração dos fundamentos legais para a desconsideração no 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.

*Esse posicionamento é corroborado pelo parágrafo 5º do artigo 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.’*²⁰

Retornando a Fábio Ulhoa Coelho, este defende a tese de que não se pode interpretar literalmente o § 5º do artigo em exame, sob pena de tornar letra morta o *caput*. Salieta que o legislador pretendeu permitir a aplicação de sanções de caráter não pecuniário:

*“Desta maneira, 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, a suspensão temporária de atividade ou fornecimento de produto ou serviço (CDC, art. 56, V, VI e VII). 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 sistemática do Código de Defesa do Consumidor conduz à conclusão de que o seu âmbito de incidência está relacionado com a aplicação das sanções de conteúdo não pecuniário.”*²¹

Genacéia da Silva Alberton adota uma posição intermediária:

*“No que se refere ao § 5º do art. 28, é necessário interpretá-lo com cautela. A mera existência de prejuízo patrimonial do consumidor não é suficiente para a desconsideração. O texto deixou o significado em aberto ma medida em que assevera que a pessoa jurídica poderá também ser desconsiderada quando sua personalidade ‘de alguma forma’ for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidores. Leia-se, quando a personalidade jurídica for óbice ao justo ressarcimento do consumidor.”*²²

Não obstante o exposto, filiamo-nos à corrente doutrinária que defende a aplicação restrita da teoria da desconsideração, razão pela qual não é possível aceitar que sempre se poderá desconsiderar a personalidade jurídica quando ocorrer prejuízo ao consumidor.

Neste contexto, a redação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor apresenta várias falhas na sua elaboração, como, aliás, acima exposto,

O consumidor que é lesado pela sociedade controladora ou controlada pode buscar o completo ressarcimento dos danos causados em face dos demais integrantes

banalizando, no § 5º, tão importante instituto criado pelo direito. A esse respeito, destaca-se:

“O remédio da desconsideração deveria ser de aplicação restrita para quando não se pudesse resolver a questão de forma justa, equitativa, usando outras medidas.

Claramente, o texto do art. 28 da lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria dos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panaceia nacional na defesa do consumidor.

(...)

Permitir que o juiz, na defesa do consumidor, à falta de bens sociais para indenizá-lo, determine a responsabilidade dos sócios ou administradores que, em última instância, serão os beneficiários dos resultados econômicos auferidos pela sociedade, pode ser atingido de outra forma. A técnica da desconsideração teria emprego apenas nos casos em que os consumidores fossem prejudicados e não houvesse forma mais simples e eficaz de reparar o dano.

Atos da sociedade que causem prejuízo ao consumidor devem ser imputados à sociedade. De outro lado, se o ato é praticado com violação do estatuto ou do contrato social o sócio que lhe der causa no ordenamento jurídico.”²³

Admitir a desconsideração sempre importa revogar o art. 20 do Código Civil, com o que parecem concordar os doutrinadores.

Continuando a crítica ao aludido § 5º, Luciano Amaro destaca:

“Já o preceito do § 5º padece de vício que o torna inconciliável com o caput. O parágrafo inicia-se com o advérbio também, sugerindo que ele irá adicionar mais alguma mais alguma hipótese ao elenco do caput. Contudo, no lugar do rol de novas hipóteses surgem as expressões genéricas sempre que e de qualquer forma.

O referido § 5º, combinado com o caput, mostra um serviço legislativo viciado por insanável impropriedade. É como se dissesse: ‘se causares prejuízo com abuso irás preso: também irás preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo.

O enunciado do parágrafo é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o caput do artigo e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração, implicando derrogar (independentemente de qualquer abuso ou fraude) a limitação de responsabilidade dos sócios de toda e qualquer empresa fornecedora de bens ou serviços no mercado de consumo.”²⁴

Nem tampouco é possível admitir que a insatisfação do consumidor com produtos ou serviços prestados possa ensejar a desconsideração, que somente pode ocorrer em caráter excepcional. A interpretação literal do texto legal pode conduzir à falsa ideia de que qualquer prejuízo ou insatisfação do consumidor ensejaria a desconsideração²⁵. Não foi essa a intenção do legislador, pois permanece vigente o princípio da separação patrimonial segundo o qual somente depois de esgotado o patrimônio da sociedade será possível perquirir da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica para obter o completo ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor se verificado que a personificação é um obstáculo.

5. Considerações finais

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, procurou atingir os grupos de sociedade, sociedades consorciadas e sociedades coligadas. No entanto, os consórcios não possuem personalidade jurídica, não sendo possível sua desconsideração, motivo pelo qual se tem hipótese de responsabilidade solidária.

Ainda quanto às sociedades consorciadas, foi ampliada a responsabilidade que, pela Lei das Sociedades Anônimas, é limitada às obrigações que assumiram no contrato de consórcio, enquanto na legislação consumerista tornam-se solidárias.

Não há incompatibilidade entre as normas, bastando aplicar o Código de Defesa do Consumidor naqueles casos em que houver relação de consumo; caso contrário, aplica-se a legislação societária.

O Código de Defesa do Consumidor prevê que, caso a personalidade jurídica constitua obstáculo ao ressarcimento de prejuízos ao consumidor, será aplicada a teoria da desconsideração.

Não se cogita da fraude ou abuso, bastando o prejuízo, critério eleito pelo legislador para, nas relações de consumo, desconsiderar a personalidade jurídica.

De um lado, é certo que o dispositivo legal tutela os direitos do consumidor, novo sujeito na ordem jurídica, que reclama tutela especial em função da sua hipossuficiência; de outro, contudo, essa norma estende quase ao infinito a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, tornando-a verdadeira regra, quando deveria se tratar de exceção.

Ainda no âmbito do direito consumerista, é possível a desconsideração em caso de falência, mas somente quando decorra de má administração.

O conceito de má administração dá margem à controvérsia, pois, se a falência não for decorrente desse fator, mas de outras circunstâncias, como, por exemplo, o fechamento de um mercado ou a taxaçoão de exportações, não seria possível a aplicação da teoria da desconsideração em favor do consumidor.

Não obstante, há uma corrente doutrinária que defende a desconsideração da personalidade jurídica pela simples ocorrência da falência, surgindo, nesse ponto, novo problema, decorrente da despersonalização da massa falida, motivo pelo qual não seria possível desconsiderar personalidade de quem não a possui.

Notas

¹ CF/88, art. 5º, inc. XXXII.

² MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p.118.

³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 243.

⁴ A respeito destacam-se as lições de JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, p. 111; e também de OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520. Ambos negam que o art. 134 do Código Tributário Nacional trate da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de responsabilidade.

⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica...*

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223; REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 12-24, 1979.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos...*, p. 226-7.

⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57.

⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades...*, p. 340.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 142-3.

¹¹ DENARI, Zelmo. Capítulo IV – *Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. 6. ed. *CDC comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 210.

¹² Lei 6.404/76, art. 243: “O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante

o exercício. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, da capital da outra, sem controlá-la. (...)”.

¹³ “§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.”

¹⁴ ROCHA, Antônio do Rego Monteiro. *Código de defesa do consumidor: descon sideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 137.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2, p. 225.

¹⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A descon sideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Descon sideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 63.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor...*, p. 229.

¹⁹ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Descon sideração da personalidade jurídica no código do consumidor: aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 83.

²⁰ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A descon sideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 194-195.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor...*, p. 229-30.

²² ALBERTON, Genacéia da Silva. A descon sideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.7, p.5, jul./set. 1993.

²³ SZTAJN, Rachel. Descon sideração da personalidade jurídica. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 71, 1992.

²⁴ AMARO, Luciano. Descon sideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 178, jan./mar. 1993.

²⁵ No 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado/RS, foi aprovada ementa segundo a qual, independentemente de má administração, seria possível a descon sideração da personalidade jurídica na falência, bastaria a configuração da impossibilidade de o falido honrar com suas obrigações junto ao consumidor. (ROCHA, Antônio do Rego Monteiro. *Código de defesa do consumidor: descon sideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 131-132).

Referências

ALBERTON, Genacéia da Silva. A descon sideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.7, p. 7-29, jul./set. 1993. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n.19, p.146-80, mar. 1992.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A descon sideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de Direito Civil Constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARO, Luciano. Descon sideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p.168-182, jan./mar. 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94*. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lacena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial – aspectos jurídicos e econômicos. Comentários à Lei n. 8.884/94 e Estudos doutrinários*. 1a. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial. As condutas*. 1a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. 1a. ed. Juruá, 2004.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.