

## A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor

Eniomar Paulo da Cunha PIMENTA\*

### RESUMO:

### PALAVRAS-CHAVE:

Com o advento da Revolução Industrial e a massificação da escala de produção, surgiu uma figura capaz de determinar o destino dos bens de produção, o alvo dos produtores de bens de consumo, aquele que financiaria o lucro dos investidores, ou seja, o consumidor, surgindo daí o fenômeno denominado *consumerismo*.

De início tal figura via-se desprotegida diante do mercado de consumo, ao inteiro sabor dos ventos da Lei da Oferta e Procura mas, graças ao intervencionismo estatal, através da produção de textos de leis, foram surgindo, timidamente, aqui e ali, mecanismos destinados a proteger a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Mirando-se nos exemplos europeus como por exemplo o da França, *Projet de Code de la Consommation*; Espanha, *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*; a Resolução nº 39-248, de 09 de abril de 1985, da Assembléia Geral da ONU, e como não podia deixar de ser, do sistema norte-americano, através da *common law*<sup>1</sup> é que, por comando da legislação constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXII, surgiu a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, tendo como objetivo regulamentar a matéria relativa a consumo, levando em consideração as peculiaridades do mercado de consumo interno, permanecendo intactos os dispositivos inseridos no Código Civil, Comercial, Penal, bem como em leis esparsas, e relativos a relações de consumo, desde que convergentes com a nova lei, o que, caso contrário, redundaria em revogação pelo princípio geral da revogação de uma lei antiga por uma nova.

No interior da Lei 8.078/90, mais precisamente no artigo 28, da seção V, do capítulo IV, do Título I, que trata dos direitos

---

\* O autor é Bacharel em Direito pela “Faculdade de Direito de Presidente Prudente” mantida pela Associação Educacional Toledo em 2000.

<sup>1</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, ed. Forense Universitária, 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, pág. 193.

do consumidor, está inserido o dispositivo concernente à desconsideração da personalidade jurídica.

Sem olvidar do enriquecimento intelectual que traria a análise do surgimento histórico da teoria da desconsideração, o que farei em breve, urge a necessidade de verificação, primeiramente, do instituto pessoa jurídica, passando daqui para a frente a dividir o presente trabalho em tópicos a fim de facilitar sua compreensão.

### **1. Pessoa jurídica: conceito e teorias**

A origem da pessoa jurídica se perde no tempo, no entanto, é possível estabelecer um marco histórico onde tais instituições começaram a causar um impacto tão grande na vida da sociedade, que foi impossível ao Direito deixar de regular a vida de tais pessoas.

Dela se ocuparam primeiramente os economistas clássicos como por exemplo J. B. Say e os historiadores econômicos que fizeram datar seu surgimento a partir da Revolução Industrial, período este compreendido entre os anos de 1780 e 1880; já no Direito o consenso geral é de que ela surgiu com o Código Comercial francês de 1807, dando origem à sua consagração legal nos Códigos posteriores que dele sofreram a influência como, por exemplo, o nosso Código Comercial de 1850, através do Regulamento 737, muito embora não se empregasse a palavra empresa para designar tais atividades.

No decorrer dos anos surgiram dezenas de teorias tentando explicar sua natureza jurídica dentre as quais cumpre destacar: a) a da ficção legal sustentando que a personalidade jurídica decorria de uma ficção da lei; b) a da pessoa jurídica como realidade objetiva, que são uma realidade social, com vida própria; c) a da pessoa jurídica como realidade técnica, que a personalidade jurídica é um expediente de ordem técnica útil para alcançar alguns interesses humanos; d) a institucionalista de Hauriou, informando que uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce.<sup>2</sup>

No entanto, a pessoa jurídica, no que concerne à lei civil brasileira, é uma criação da lei, refletindo uma realidade no mundo jurídico e social, concebidas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeito de direitos, sendo, inclusive, reconhecidas pelo Estado que as tributa e as aciona quando necessário.

Assim o Código Civil em seu artigo 18 diz quando tem início a vida legal de tais pessoas constituindo a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu

---

<sup>2</sup> Silvio Rodrigues, Parte geral, vol. 1, Ed. Saraiva, 1995, p. 65.

registro público peculiar como marco divisório da passagem da não existência para a da existência legal atribuindo-lhe personalidade civil, ou seja, capacidade para ser titular de direitos.

## **2. A teoria da desconsideração: origem e disciplina positiva**

A doutrina pátria informa alguns casos que nos dão uma ligeira idéia do surgimento da teoria da superação. Dentre eles talvez o mais conhecido seja o caso *Salomon vs. Salomon & Co.* citado por Rubens Requião ao parafrasear Piero Verrucoli, ocorrido em Londres em 1897.

O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma *Company*, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto que para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de 10.000 libras esterlinas.

A Companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *Company* era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da *Company*, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários.

O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *Company* era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio.

Nisto ficou a inauguração da doutrina do *disregard*, pois a *House of Lords*, acolheu o recurso de Aaron Salomon para reformar o entendimento das instâncias inferiores, na consideração de que a *Company* tinha sido validamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de sete pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento.

Esses acionistas, segundo os *Lords*, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e, em última análise, não podia julgar-se que a *Company* fosse um *agent* de Salomon. Por consequência não existia responsabilidade de Salomon para a

*Company* e seus credores e era, conseqüentemente, válido o seu crédito privilegiado.<sup>3</sup>

Embora tenha sido o direito anglo-americano o berço da *disregard doctrine*, ficando o tema conhecido como *disregard of legal entity* ou *lifting the corporate veil*, correspondente ao equivalente em português como “desconsideração da personalidade jurídica” ou “descerramento do véu corporativo”, foi um alemão que primeiro sistematizou a parca doutrina existente com os inúmeros casos decididos pela jurisprudência, coligindo um vasto material de estudo, Rolf Serick, em sua obra *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*.

No Brasil o primeiro a tratar do tema foi o professor Rubens Requião em uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de nascimento do Des. Vieira Cavalcanti Filho, fundador da faculdade e seu primeiro catedrático de Direito Comercial,<sup>4</sup> leitura indispensável à perfeita compreensão do tema.

### **3. A desconsideração no Código de Defesa do Consumidor**

#### **3.1 Conceito de consumidor e fornecedor**

Primeiramente, a fim de se verificar se a relação jurídica estabelecida é ou não de consumo, pressuposto fático fundamental para aplicação da teoria inserida no Código, é necessário reportar-se aos seus artigos 2º e 3º.

Num primeiro momento (caput do artigo 2º) o CDC define consumidor como aquele participante direto da relação de consumo, ou seja, o destinatário final que adquire um produto ou serviço colocado no mercado.

Logo após, no parágrafo único, traça um perfil mais abrangente de consumidor procurando proteger a universalidade de potenciais consumidores ou, quando o dano já tenha se efetivado, de consumidores efetivos, conferindo-lhes instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a mais justa indenização.

No artigo 17, na seção que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, equipara a consumidor todas as pessoas vítimas do evento, são os *bystanders*, ou seja, o terceiro estranho à relação de consumo mas que tenha experimentado prejuízo em razão de defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou do serviço.

Mais adiante, no artigo 29, consumidor são aquelas pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Código, ou seja, o artigo 2º fornece um conceito geral, enquanto

---

<sup>3</sup> RT dez/69, vol. 410/12

<sup>4</sup> RT dez/69, vol. 410/12

que o parágrafo único do artigo 17 e o artigo 29 tratam do consumidor por equiparação.

Já o conceito de fornecedor vem disciplinado no artigo 3º procurando a lei abranger várias hipóteses de atividade. O que importa é que haja habitualidade no oferecimento ao mercado de produtos ou serviços.

### **3.2. Análise do artigo 28 do CDC**

Art. 28 – O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º - (VETADO) – 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.

§ 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.

#### **3.2.1. Ato discricionário ou ato vinculado**

O caput do artigo inicia-se por afirmar que poderá, o juiz, desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica nos casos lá mencionados surgindo daí o primeiro problema a ser delineado.

O verbo poderá encerra uma faculdade concedida ao juiz ou denota uma obrigatoriedade obedecidos certos requisitos descritos na norma? A impressão inicial que se afigura é de que se trata de opção concedida pelo Legislador ao juiz confiante em seus critérios de prudência e equidade, pois a origem etimológica do termo indica faculdade, possibilidade, direito de deliberar, agir, mandar.<sup>5</sup>

No entanto é preciso analisar tal instituto levando-se em consideração as normas gerais traçadas pelo direito administrativo ao impor ao agente administrativo determinadas atitudes quando estiver diante de situações onde a lei exija um único comportamento ou quando lhe abre um leque de opções sem,

---

<sup>5</sup> Cf Mini Dicionário Aurélio, 2ª ed. Revista e ampliada, Ed. Nova Fronteira.

contudo, especificá-las. Estamos, assim, diante das concepções de ato vinculado e ato discricionário.

Sendo o juiz um agente público no exercício de uma atividade atribuída ao Estado-juiz que tomou exclusivamente para si a função jurisdicional, deve ser tratado como um agente administrativo para o estudo da matéria, estando, portanto, sujeito aos princípios gerais traçados para compreensão do tema da discricionariedade, da opção pela melhor solução.

Está o juiz vinculado à lei, é escravo dela, deve pautar suas decisões pelos limites por ela traçados sob pena de nulidade. Entretanto há situações em que a lei, que é o seu norte, utiliza-se de expressões um tanto quanto imprecisas. São os conceitos vagos, abstratos, também conhecidos como fluidos, ou seja, poderia o juiz optar por aplicar ou não a teoria de descon sideração?

Quando a lei estabelece um único comportamento para uma determinada situação perfeitamente definida em termos objetivos não há dúvida que o fez de forma totalmente vinculada sendo possível antever qual seria a melhor opção para aquela determinada situação. Entretanto se a lei atribuiu uma certa dose de discricionariedade teria aberto mão do propósito e da imposição de se buscar a melhor situação para o caso concreto tendo em vista a finalidade da lei?

A característica primordial do poder discricionário é, então, a concessão, pela lei, ao agente público de, segundo seu prudente critério, sua liberdade de escolha ou opção, apreciar a conveniência do ato bem como sua oportunidade.

Se o objetivo da lei é dar ao consumidor condições para que possa ser ressarcido dos danos que tenha experimentado, em especial quando se tratar dos casos enumerados no artigo 28, pois nestas hipóteses criou a possibilidade de se atingir o patrimônio dos sócios e se a norma é uma imposição, então o juiz tem o dever jurídico de optar, não por qualquer das hipóteses possíveis segundo seu tirocínio, mas sim por aquela que melhor atenda a finalidade da lei.

A bem da verdade não se trata de opção mas sim de vinculação ao disposto na norma. Estando o juiz diante de um ato inteiramente vinculado não há liberdade de apreciação, logo, presentes os pressupostos por ela exigidos, está o juiz obrigado a desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica e atingir o patrimônio dos sócios, muito embora Zelmo Denari, ao comentar o Código de Defesa do Consumidor conjuntamente com os demais autores do anteprojeto, entenda que a lei teve o cuidado de autorizar a aplicação da descon sideração como faculdade do juiz, confiando no seu prudente arbítrio.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ob. cit. pág. 195

Não há discricção no comando da norma, não há uma intenção do legislador em conceder ao juiz a possibilidade de sopesar qual a melhor decisão, dentre outra perfeitamente possível, a ser tomada. Presentes os pressupostos legais tem o juiz o poder-dever de aplicar a teoria da desconsideração.

### 3.2.2. Abuso de direito

Antes de adentrar ao estudo das hipótese materiais de incidência da desconsideração é imprescindível observar que tais situações somente autorizam o juiz a aplicar a *disregard doctrine* se houver prejuízo ao consumidor num primeiro momento ou se a sua autonomia legal for obstáculo para que o consumidor seja ressarcido dos prejuízos causados e desde que haja requerimento.

É de conhecimento elementar que a teoria do abuso do direito foi criação da jurisprudência dos tribunais franceses, tendo em Josserand seu estudo sistemático com a oposição crítica de Planiol.

Segundo aquele mestre a sociedade garante a determinadas pessoas as suas prerrogativas não para parecer agradável mas para assegurar-lhes a própria conservação. Esse é, na verdade, o mais alto tributo do Direito: a sua finalidade social.

Assim o direito foi criado tendo em vista a proteção do indivíduo a fim de ordenar a vida de um com os demais. Neste sentido é que se concebe a idéia de que todos devem observar a finalidade social da lei, o exercício de um determinado direito deve estar em sintonia com o direito dos demais.

O ato, embora conforme a lei, se for contrário à sua finalidade é ato abusivo, atentatório ao direito, pois nem tudo que é conforme a lei é legítimo.

Marçal Justen Filho fala em abuso de direito como decorrência do fenômeno da funcionalização do direito afirmando que o direito detém uma função ativa, qual seja, um instrumento de intervenção nas mãos do Estado a fim de adequar a conduta humana à necessidade coletiva e obter uma melhoria das condições de convivência.<sup>7</sup>

Com a Revolução Industrial o Estado passou a tutelar os interesses sociais utilizando-se para isso da lei, sendo a pessoa jurídica encarada como um meio de realização de tais interesses.

Por tal motivo é de se crer que a desconsideração da personalidade jurídica não ocorre apenas nos casos de fraude ou abuso de direito e sim quando ocorrer a hipótese de desvio de função mesmo quando não haja prática de ilícito.

A diferença com o ato ilícito ou, mais precisamente, com a fraude é que nesta há uma trama contra o direito do credor

---

<sup>7</sup> Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, págs. 38/39

visando prejudicá-lo, no abuso do direito há um inadequado uso de um direito ainda que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar terceiros.

Segundo o artigo 160, inciso I, do Código Civil, não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. *A contrariu sensu* o ato praticado no exercício irregular de um direito será ilícito, mas como aferir se o direito está sendo ou não regularmente exercido?

Washington de Barros Monteiro<sup>8</sup> nos dá a resposta ao ensinar que não há posição uniforme a respeito do tema, havendo quem diga que o elemento caracterizador seria a intenção de prejudicar; para outros poder-se-ia identificar o abuso de direito sempre que este fosse exercido com ausência de interesse legítimo e por último que o critério a ser utilizado seria o prejuízo causado a outrem, sendo este o entendimento que mais se coaduna com o espírito do Código do Consumidor.

É de boa técnica, então, conhecer a fundo os aspectos materiais característicos de cada tipo de sociedade, previstos no Código do Consumidor, quando prevê a desconsideração da personalidade jurídica, pois só será possível apontar a extrapolação de um direito se se conhecer a fundo qual a exata extensão desse direito.

### **3.2.3. Excesso de poder**

Segundo a sistemática civil vigente, bem como levando-se em consideração as leis que regulam as várias espécies de sociedades por ações, os sócios-gerentes ou gerentes não são responsáveis pelas obrigações assumidas em nome da sociedade.

Isto ocorre por que há uma presunção legal de que os atos praticados por tais pessoas ao representar a sociedade o fazem segundo os limites traçados pelos estatutos sociais porque estes traduzem a vontade da sociedade.

Sendo assim aquele que praticar atos que importem em extrapolação dos poderes que lhe são atribuídos pela lei ou pelo contrato deve ser responsabilizado pelos atos que, nessa qualidade, causaram prejuízos a terceiros.

Nesse sentido é o artigo 10, do Decreto 3.708/19 que regula as sociedades por cotas de responsabilidade limitada:

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

---

<sup>8</sup> Curso de Direito Civil, Parte Geral, 27<sup>a</sup> ed., ed. Saraiva, São Paulo, 1988, pág. 282.

Há que se verificar ainda o artigo 158, da Lei das Sociedades por Ações que dispõe sobre a mesma questão, no entanto, voltado para as S/As.

Ou seja, além de o administrador responder pessoalmente pelos atos praticados com excesso de poder que lhe foram atribuídos por lei ou pelos estatutos, os demais administradores respondem também solidariamente.

Logo, todo ato que, praticado com excesso de mandato ou poder, compreendido aquele que foge ao limite traçado pela lei ou pelo estatuto, causar prejuízo ao consumidor não implicará em desconsideração da personalidade e sim em responsabilidade civil prevista nas leis que regulam a matéria.

No entanto, como as empresas relacionadas nos parágrafos do artigo 28, do CDC, respondem solidariamente por tais atos, caberá, desde que possível, direito de regresso contra o responsável.

Em se tratando de prática de atos que importem em excesso de poder e prejuízo a terceiros de boa-fé torna-se necessário analisar a teoria da aparência e a do ultra vires.

### **A teoria da aparência**

É um desdobramento da boa-fé objetiva, conceito construído pela doutrina e jurisprudência alemãs ao interpretarem o parágrafo 242, do Código Civil alemão, significando a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade.<sup>9</sup>

Segundo esta teoria não há como se falar em ineficácia dos contratos celebrados em nome de pessoa jurídica por pessoa que não tinha poderes para tanto.<sup>10</sup>

No entanto deve-se ter em conta que é necessário um fundamento objetivo, ou seja, somente se aplica a teoria da aparência quando a aparência do direito seja razoável, quando a pessoa tenha uma relação com a coisa reconhecível do ponto de vista externo, que o faça aparecer como titular, que o estado de fato aparentemente corresponda ao estado de direito.

Quando se fala em boa fé deve-se levar em conta a intenção daquele que alega ter sido prejudicado com o ato, isto porque a ignorância a respeito da qualidade do contratado deve ser justificada.

---

<sup>9</sup> Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, vol. I, Coimbra, Almedina, 1984. Pp. 527.

<sup>10</sup> "...criar uma situação enganadora constituiria culpa em consequência da qual quem a mesma situação houvesse criado deveria repará-la e a melhor reparação consistiria, precisamente, na eficácia plena da situação aparente." Vicente Ráo, Ato Jurídico, Max Limonad, São Paulo, 1961, pág. 236.

### **A teoria do ultra vires**

De concepção inglesa, o *Joint Stock Companies Acts*, de 1884, consagrava em seu artigo 7º, o princípio de que “o ato constitutivo devia contar entre seus elementos essenciais, com a descrição do objeto social”, já o artigo 12, em complemento, dispunha que “a capacidade da sociedade ficava circunscrita ao cumprimento do objeto social.”

Em princípio deve ser feita a distinção entre atos vedados pelo estatuto social e atos que extrapolem o objeto social. Aqueles devem estar previstos de forma precisa e completa no estatuto sendo que sua alteração imprescinde de assembléia geral com quorum qualificado.

Tal teoria foi consagrada nos artigos 302, inciso IV e 331, do Código Comercial. A discussão doutrinária resume-se à circunstância de ser o ato ultra vires (que extrapole o objeto social) autorizável ou não pela assembléia extraordinária das sociedades por ações.

Haveria uma grande dificuldade de ressarcir os danos causados aos consumidores que contratassem, por exemplo, com uma associação sem fins lucrativos pensando estar contratando com uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A jurisprudência pátria tem-se posicionado no sentido de que o princípio da boa-fé deva prevalecer garantindo que o direito do terceiro, de boa-fé, seja satisfeito com base tanto na responsabilidade pessoal do agente, quanto na da pessoa jurídica, devendo, ambos, integrarem o pólo passivo da ação.

O Código de Defesa do Consumidor, então, autoriza que se desconsidere a personalidade da pessoa jurídica sempre que o ato causador do dano ao consumidor seja ultra vires, com ratificação ou não pela assembléia, ou seja, considerado válido ou não, sendo possível atingir o patrimônio pessoal do agente responsável pelo dano, solidariamente com a sociedade.

### **3.2.4. Infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social**

Dos itens acima talvez o que possa causar uma certa instabilidade quanto à conceituação seja o referente a fatos ou atos ilícitos, pois não há unanimidade na doutrina quanto à existência de fato ilícito.

Jorge Lobo<sup>11</sup> entende que a menção é inadequada pois não há fato lícito ou ilícito, o que é lícito ou ilícito são os atos, estes sim elementos valorativos da conduta humana, dividindo-se os fatos (jurídicos e não lícitos ou ilícitos) em a) acontecimentos naturais e b) ações humanas, subdividindo-se estas em b.1) ações humanas de efeitos jurídicos voluntários – atos jurídicos lato sensu

---

<sup>11</sup> Gomes apud Lobo, ob. cit. p. 58.

e b.2) ações humanas de efeitos jurídicos involuntários – atos ilícitos.

A mesma opinião não é partilhada por Marcos Bernardes de Mello <sup>12</sup> que entende perfeitamente cabível a expressão fato ilícito pois, no seu entendimento, se o fato concretizar os pressupostos fáticos da ilicitude (contrariedade a direito e imputabilidade), não há como tratá-lo como se não fosse ilícito.

A juridicidade do fato bem como sua ilicitude decorre de sua vinculação a alguém sendo indiferente às normas jurídicas o fato em si mas se dele decorrem interferências na órbita jurídica de alguém, como por exemplo acontece sempre que alguém responde pelo caso fortuito ou força maior.

### **3.2.5. Falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração**

Outro assunto estranho à doutrina da desconsideração por tratar-se de tema societário diverso, no entanto, uma das hipóteses descritas no caput do artigo 28, do CDC, a perfilar a tutela do consumidor, é o que diz respeito a má administração.

Diante da crise econômica por que passa o país, é o empresário obrigado a gerir sua empresa de forma heróica, sob pena de desequilíbrio financeiro, obrigado a sobreviver aos inúmeros planos econômicos, desvalorizações da moeda e carga tributária pesadíssima. Como se falar então em má administração se a própria ordem econômico-financeira anda mal das pernas?

Teria o consumidor subsídios para provar tal fato? O princípio insculpido no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, com a inversão do ônus da prova a favor do consumidor quando for verossímil sua alegação ou for ele hipossuficiente, é instrumento hábil para sua defesa cabendo, então, ao administrador, provar que a falência, estado de insolvência ou inatividade não foram provocados por má administração.

É interessante lembrar ainda que nos processos de falência, concordata e liquidação, tanto o Ministério Público quanto o Banco Central, respectivamente, atuam no sentido de levantar todos os dados relativos à administração da falida, concordatária ou liquidante, a fim de se apurar eventual fraude ou qualquer outra espécie de ilícito.

Tais processos possuem provas importantes para caracterização da má administração, podendo o juiz, a requerimento do consumidor, oficial ao juízo da falência, ou ainda às autoridades competentes pela liquidação da instituição, a fim de

---

<sup>12</sup> Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência), Ed. Saraiva, 7ª ed., 1995, p. 202.

que sejam fornecidas as informações necessárias para a apuração de todos os fatos relativos à administração da sociedade.<sup>13</sup>

A falência diz respeito ao estado deficitário do ativo da empresa frente ao seu passivo, ou seja, os bens e direitos da empresa não são suficientes para a solução de suas obrigações. Também não é caso de aplicação da desconsideração pois a responsabilidade é direta bastando invocar, por exemplo, a disciplina atinente aos administradores das instituições financeiras (Lei nº 6.024/74).<sup>14</sup>

No magistério de Humberto Theodoro Júnior, citado por Jorge Lobo, "a comprovação da insolvência tem sido objeto de acirradas controvérsias, podendo ser agrupados os sistemas legislativos da seguinte maneira: a) efetivo estado patrimonial deficitário; b) sistema da cessação de pagamentos; c) sistema da impontualidade; d) presunção em face de atos enumerados na lei".<sup>15</sup>

Muito embora, segundo o artigo 748, do CPC, configurar-se "estado de insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor", para instaurar-se a execução coletiva é absolutamente indispensável "sentença judicial declaratória da situação deficitária do devedor", conforme artigo 751, inciso III, do CPC.

Desta sorte o aludido "estado de insolvência" preconizado pelo artigo 28, do CDC, deve ser interpretado de forma a desconsiderar a personalidade quando da sentença declaratória de insolvência e não simplesmente "estado de insolvência".

### 3.2.6. Parágrafo 1º

Desconsiderada a personalidade da pessoa jurídica surge uma questão processual, ou seja, quem deverá ser responsabilizado pela reparação dos vícios ou pelo ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor?

Nas razões de veto encaminhadas ao Presidente do Senado Federal, o Presidente da República considera que " o caput do artigo 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".

Deduz-se, logicamente que, por um erro remissivo, o veto recaiu sobre o parágrafo 1º quando, na realidade, deveria recair sobre o parágrafo 5º, não havendo nenhuma correspondência

<sup>13</sup> Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais, Flávia Lefèvre Guimarães. Ed. Max Limonad, SP, 1998.

<sup>14</sup> Fábio Ulhoa Coelho. Curso de Direito Comercial, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 143.

<sup>15</sup> O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos – Estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 59.

lógica entre as razões do veto e a disposição contida no parágrafo vetado limitando-se, este, a apenas apresentar quais seriam as pessoas pessoalmente responsáveis na hipótese de acolhimento da desconsideração.

Diante de tal impasse devem as pessoas interessadas bem como o aplicador da norma utilizar-se do contido no dispositivo vetado a fim de se resolver as questões sobre legitimidade passiva.<sup>16</sup>

### 3.2.7. Parágrafo 2º

Rubens Requião ensina que os grupos de sociedade são divididos da seguinte forma:

#### Grupos de Direito:

- sociedade controladora e suas controladas, organizadas por convenção registrada no Registro de Comércio;

#### Grupos de Fato:

- sociedade controladora e suas controladas, sem organização jurídica entre si;

- sociedades coligadas.<sup>17</sup>

Não trata o parágrafo de desconsideração da personalidade jurídica mas sim de responsabilização subsidiária de terceiros visando a proteção de direito do consumidor, sendo a doutrina unânime nesse sentido.

Interpretando-se literalmente o parágrafo 2º, estariam imunes à responsabilidade legal, leia-se Código do Consumidor, as sociedades controladoras, lançando-se névoa sobre a responsabilidade dos grupos de fato. Neste sentido debate-se a doutrina.

Com efeito Fábio Ulhoa Coelho diz que “o dispositivo não se aplica às reuniões de fato por ser imprescindível a formalização do grupo através da aprovação, registro e publicação da Convenção (Lei 6.404/76, arts. 269 a 271)”.<sup>18</sup>

Quanto às controladas entende cabível a subsidiariedade como relativa às obrigações da sociedade controladora, entendida a subsidiariedade, logicamente, pressupondo-se o exaurimento do patrimônio da principal devedora.

Flávia Lefèvre Guimarães entende que “tanto os grupos de direito quanto os de fato são subsidiariamente responsáveis estendendo-se tal subsidiariedade também às sociedades controladoras pelas obrigações da controlada”.<sup>19</sup>

Desde que o patrimônio da causadora do dano seja insuficiente para ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, é possível, em caráter subsidiário, muito embora

<sup>16</sup> Zelmo Denari, ob. cit. p. 195.

<sup>17</sup> Curso de Direito Comercial, vol. II, 17ª ed., Ed. Saraiva, 1988, pág. 225.

<sup>18</sup> Ob. cit. p. 145.

<sup>19</sup> Ob. cit. p. 77

solidário, atingir o patrimônio, em caso de grupos, das demais ou então, em caso de controle acionário, da controladora, não havendo, no entanto, unanimidade na doutrina quanto à responsabilização dos grupos de fato ou da sociedade controladora em relação às obrigações da controlada.

### **3.2.8. Parágrafo 3º**

O parágrafo 1º, do artigo 278, da Lei 6.404/76 prescreve que “o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Quando o parágrafo 3º, do artigo 28, do Código do Consumidor dispõe que “as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código” está ampliando os casos de solidariedade previstos na Lei das Sociedades por Ações, todavia, tal ampliação, não implica em que sejam sempre solidariamente responsáveis.

O consórcio de empresas se estabelece quando algumas delas se associam visando a consecução de determinada atividade, empreendimento este que as sociedades, individualmente, não conseguiriam alcançar, permanecendo cada uma com personalidade jurídica própria e com suas atividades independentes.

Por essa razão não há desconsideração da personalidade pois o consórcio não possui personalidade jurídica.

### **3.2.9. Parágrafo 4º**

Primeiramente, segundo a classificação proposta por Requião as coligadas enquadram-se nos grupos societários de fato, na seqüência o art. 243, § 1º, da Lei 6.404/76 diz que sociedade coligada é aquela que participa com 10% ou mais do capital de outra sem, contudo, controlá-la.

A doutrina entende que não era necessário manifestar-se a lei quanto à responsabilidade por culpa, bastaria que silenciasse a respeito, pois a sistemática civil vigente impõe a culpa aquiliana (art. 159, do CC).<sup>20</sup>

No entanto, preferiu o legislador assim proceder talvez como forma de impedir qualquer aplicação analógica do prescrito quanto às controladas.<sup>21</sup>

A sociedade coligada é sócia de outra e, nessa qualidade, não é responsável pelos atos da outra, a não ser que tenha

---

<sup>20</sup> Genacéia da Silva Alberton,. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais. Revista de Direito do Consumidor, Ajuris - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 7, p. 21.

<sup>21</sup> Ob. cit. p. 146.

participado do ato, caso em que, a responsabilidade será solidária, conforme arts. 7º, § único e 25, § 1º, do CDC.<sup>22</sup>

### 3.2.10. Parágrafo 5º

No sentido de aplainar as arestas deixadas pelo legislador vem a doutrina tecendo várias considerações a respeito do dilema. É nesse sentido que Zelmo Denari<sup>23</sup> postula que o veto presidencial foi dirigido a este parágrafo e não ao primeiro.

Muito embora estejamos diante da opinião de mestres no assunto a minha visão a respeito do tema é um tanto mais abrangente. Para isso passo a traçar algumas considerações a respeito do referido § 5º.

A Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, é uma lei ordinária e como tal teve que obedecer às normas procedimentais traçadas pelos artigos 61 a 67, da Constituição Federal.

A produção da lei, ato complexo que é, envolve a fusão de vontades tanto do Legislativo quanto do Executivo, criando uma série de direitos e obrigações entre seus participantes sendo que à provocação de um haverá a manifestação de outro até o objetivo final, qual seja, a entrada de lei em vigor.

Vetado o projeto ou parte dele a parte vetada será enviada ao Congresso para que este delibere sobre a matéria vetada à luz dos motivos do veto onde será iniciada nova fase de instrução sendo o veto rejeitado somente por maioria absoluta dos membros do Congresso, em escrutínio secreto.

Cumpridas essas fases o projeto de lei será encaminhado ao Executivo para promulgação. É a fase de positivação da lei, ou seja, a promulgação, que recai não mais sobre o projeto e sim sobre a lei, consiste em atestar a executoriedade da lei, em proclamar a existência da lei como comando dirigido a toda a sociedade.<sup>24</sup>

Após essa etapa resta publicar a lei como forma de dar conhecimento de seu conteúdo a todas as pessoas em especial àqueles que de algum modo deverão observar seus preceitos, de tal sorte que ninguém se escusará de a cumprir alegando desconhecimento conforme artigo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que nada mais é que lei introdutória a todas as leis e não somente ao Código Civil.

Mas qual a consequência para a ordem jurídica e para a vida das pessoas se o veto foi dirigido a um determinado parágrafo e na realidade quem foi vetado foi outro?

---

<sup>22</sup> Flávia Lefèvre Guimarães, ob. cit. p. 83.

<sup>23</sup> Ob. cit. p. 132.

<sup>24</sup> Direito Parlamentar, Processo Legislativo, Andyara Klopstock Sproesser, Assembléia Legislativa, Secretaria Geral Parlamentar, São Paulo, 2000, pág. 136.

Quanto ao parágrafo 1º a questão é simples pois é só o aplicador da lei utilizar-se da analogia para dirimir as questões que surgirem quanto à legitimidade passiva ou sobre quem deva absorver os prejuízos causados ao consumidor quando a pessoa jurídica não o puder.

A questão torna-se mais complexa ao analisarmos o parágrafo 5º pois esse dispositivo está em plena eficácia no ordenamento jurídico pátrio.

Por um equívoco remissivo de redação o parágrafo 1º foi objeto do veto deixando intacto o parágrafo 5º. Não há correspondência lógica entre a fundamentação do veto e a parte efetivamente vetada, o que se verifica é uma unidade de pensamento totalmente viciada, ou seja, a conclusão (veto) não é derivada das premissas (razões do veto). No entanto, este é apenas um aspecto filosófico da questão. O que a torna mais interessante é mirá-la sob o aspecto formal do procedimento legislativo, ou seja, de obediência às fases procedimentais descritas na Constituição.

Exigiu a Lei Maior a fundamentação do veto, bem como restringiu sua motivação a fim de impedir desmandes autoritários por parte do Executivo submetendo-o ao Legislativo.

O que aconteceu no caso em questão é simples: a vontade do Executivo não foi devidamente apreciada pelo Legislativo o que resultou na confusão jurídica retro exposta.

Tal situação é fonte de insegurança jurídica que seria perfeitamente sanável na fase de produção da lei se o Executivo endereçasse corretamente seu veto e se o Legislativo o apreciasse de maneira inequívoca, todavia, como a lei está em vigor é necessária a intervenção do Judiciário a fim de restaurar a paz social.

Qual o fundamento? Ocorrendo o desencontro entre a intenção do Executivo e o efetivamente acontecido, com chancela do Legislativo, desobedeceu-se o § 4º, do artigo 66, da CF/88, houve infringência formal da Constituição, logo o ato é inconstitucional.

Segundo o magistério de José Afonso da Silva ocorre inconstitucionalidade por ação quando a produção de atos legislativos ou administrativos contrariarem normas ou princípios da Constituição.

O respeito absoluto ao processo legislativo é condição *sine qua non* de validade das normas editadas pelo Poder Legislativo. Mas não é só isso: diante das contradições de interesses e de entendimentos, a observância estrita do procedimento ditado pela Constituição Federal e pelo Regimento das Casas é pressuposto formal de legitimidade das regras editadas.

*" A inobservância dos esquemas rituais rigidamente impostos pela Carta Magna da República gera a invalidade formal dos atos legislativos editados*

*pelo Poder Legislativo e permite que sobre essa eminente atividade jurídica do Parlamento possa instaurar-se o controle jurisdicional.*" (Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 574-0, Distrito Federal, VOTO do Ministro CELSO DE MELLO, 03/06/93, decisão unânime).

A Constituição Federal declara em seu artigo 5º, inciso II, que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei*".

Entretanto, o princípio da legalidade comporta um desdobramento inafastável, podendo ser assim entendido: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei devidamente aprovada de acordo com os esquemas rituais rigidamente impostos em nossa Constituição Federal.

Neste diapasão, Alexandre de Moraes, de forma elogiável, leciona esclarecendo o assunto, *in verbis*:

"O art. 5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve ser entendido como, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional* (artigos 59 à 69, da Constituição Federal).

Assim sendo: "a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo têm como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso, quanto pelo método concentrado".<sup>25</sup>

Logo, percebe-se que o desrespeito ao ritual rigidamente imposto pela Constituição gera a invalidade formal dos atos praticados pelo legislativo e não é só isso, caracteriza também constrangimento ilegal à pessoa que está sofrendo os efeitos de um dispositivo inconstitucional, no caso, todo aquele que for obrigado a ressarcir os prejuízos causados ao consumidor qualquer que seja o motivo, desde que seja obstáculo ao seu ressarcimento.

---

<sup>25</sup> Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 3ª ed., Editora Atlas, pág. 487,1998.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais. Revista de Direito do Consumidor, Ajuris - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 7.

CASILLO, João. Desconsideração da Pessoa Jurídica; RT vol. 528/24.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1999.

CORDEIRO, Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil, vol. I, Coimbra, Almedina, 1984.

DENARI Zelmo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, Marçal Justen. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GIARETA, Gerci. O Código de Defesa do Consumidor e a invocação imprópria da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Ajuris - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 19, julho/1992.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998.

HOLLANDA, Aurélio Buarque. Mini Dicionário Aurélio. Nova Fronteira.

LOBO, Jorge. O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos – Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald. Revista dos Tribunais.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar. in RDP 92.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência). São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 27ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1988.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. A Dupla Crise da Pessoa Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

RÃO, Vicente. Ato Jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica; RT vol. 410/12

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1971.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1988.

RODRIGUES, Silvio. Curso de Direito Civil. 25ª ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SPROESSER, Andyara Klopstock. Direito Parlamentar, Processo Legislativo. São Paulo: Assembléia Legislativa, Secretaria Geral Parlamentar, 2000.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da Personalidade Jurídica, Revista de Direito do Consumidor, vol. 2, São Paulo: RT, junho/1992.

WALD, Arnold. Obrigações e Contratos. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 643/95.