

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Fernanda OLIVEIRA¹
Larissa Aparecida COSTA²

RESUMO: Por meio do método dedutivo e levantamento bibliográfico a presente pesquisa pretende examinar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na relação consumerista, tendo como pano de fundo a sua teoria menor contida no artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, considerando a proteção ao consumidor, visto enquanto direito fundamental constitucionalmente garantido, abordaremos a idiosincrasia social que situa o consumidor como a parte mais vulnerável e hipossuficiente de uma relação contratual.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade jurídica. Direitos fundamentais. Código de Defesa do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, a fim de analisar a desconsideração da personalidade jurídica na relação consumerista, realizou uma pesquisa bibliográfica de obras que possibilitam subsídio doutrinário indispensável, em especial no que tange a tutela contida no Código de Defesa do Consumidor. A relevância do tema desponta à vista das influências do presente instituto para o cenário econômico e social, haja vista a importância da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para o pleno desenvolvimento das capacidades de um país, de um lado, e a defesa dos direitos do consumidor, de outro.

Nesse sentido, foram abordadas as teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica, contidas no artigo 28 da lei nº 8.078 de 1990, bem como a interpretação que deve ser dada ao dispositivo.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: fernandaoliveira.745@gmail.com

² Mestranda pela Universidade de Marília. Professora Auxiliar da disciplina de Direito Processual Civil VII do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. e-mail: (larissac.adv@gmail.com).

A presente pesquisa apresentará no primeiro capítulo considerações acerca do *status* de direito fundamental concedido à defesa do consumidor, destacando a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos casos em que o indivíduo, tendo seus direitos lesionados, não possui a obrigação de reunir provas que atestem suas alegações. Nesses casos, o fornecedor do produto ou serviço possui o dever de apresentar evidências concretas que desqualifiquem as acusações realizadas.

Dessa forma, a lei estabelece vários dispositivos que alcançam todas as variáveis que envolvem as relações de consumo, impondo limites e regras que as controlam.

Neste diapasão, considerando as novas demandas da sociedade, ganha destaque o Código de Defesa do Consumidor que será tratado nos capítulos seguintes, uma vez que o contrato não figura mais como um mecanismo voltado exclusivamente para a circulação de riquezas e a vontade dos contratantes, mas na nova ótica se coloca a serviço da proteção dos direitos fundamentais.

Na seção segunda, dissertou-se sobre a importância da autonomia patrimonial conferida às pessoas jurídicas, as quais possuem personalidade jurídica própria, que não se confunde com a figura dos sócios e administradores, que delas fazem parte. Nesse ínterim, foram analisadas as vantagens trazidas em termos de incentivos à atividade econômica e as desvantagens devidas aos abusos e fraudes cometidos, em função do véu protetivo da personalidade jurídica.

No terceiro capítulo, foi abordada a desconsideração da personalidade jurídica, levando-se em conta seu caráter excepcional de aplicação no ordenamento jurídico. No subcapítulo, focou-se no mecanismo de desconsideração da personalidade jurídica sob a luz do Código do Consumidor, que traz, no seu artigo 28, as situações nas quais a técnica pode ser utilizada.

Além disso, teceu-se análise a respeito das teorias maior e menor contidas no dispositivo, em especial sobre a interpretação dominante de seu § 5º.

No que tange aos objetivos da pesquisa, o cerne principal diz respeito à efetividade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na relação consumerista. Destacando ainda, de que forma os princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, atuam de maneira efetiva na proteção ao consumidor.

Assim, a intervenção do Estado brasileiro na economia, a fim de proteger o consumidor, considerando sua posição de vulnerabilidade, possui

contornos firmemente delineados com os preceitos constitucionais concebidos enquanto princípios econômicos e sociais do Artigo 170 da Constituição Federal.

2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

A Constituição da República de 1988 eleva à categoria de direito fundamental a defesa do consumidor. Já previa, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a criação de lei infraconstitucional de proteção ao consumidor, conforme leitura do seu art. 48: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”. O Código do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), dessa forma, foi estabelecido para garantir a plena defesa do consumidor no âmbito das relações de consumo.

A Lei Maior traz dispositivos de caráter programático e de ordem fundamental que dizem respeito à função do Estado de promover a proteção do consumidor. Como exemplo, seguem os artigos:

Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V – produção e consumo;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V – defesa do consumidor.

É possível constatar, portanto, o espaço privilegiado concedido à defesa do consumidor a nível hierárquico no ordenamento jurídico, o que demonstra a preocupação do legislador em fortalecer a posição do indivíduo que representa o elo mais fraco em uma relação de compra e venda. A esse respeito, assevera Araújo (2014, p. 229):

Importante salientar, por outro giro, que a identificação da defesa do consumidor como direito fundamental atribui-lhe o status de cláusula pétrea, impedindo modificações por futuras emendas constitucionais e, o quanto mais, por leis infraconstitucionais. Assim sendo, parece incontroverso que

as garantias conquistadas não são passíveis de retrocesso, sob pena de inconstitucionalidade da nova legislação.

A constitucionalização do direito civil gerou profundos reflexos na teoria contratual, imprimindo a busca pela função social, boa-fé e promoção da justiça social.

Ainda sobre o tema, as lições de Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 256):

Segundo a nova ordem constitucional, a defesa do consumidor é um dos ditames básicos da ordem econômica. Trata-se de codificação moderna, na qual muitos de seus princípios são inovadores, mesmo se comparados com a ordem internacional. Os direitos do consumidor surgem como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que a sociedade de consumo atingiram. A vulnerabilidade do consumidor é sua própria essência.

Como cláusula pétrea, o direito de defesa do consumidor não é passível de alteração por qualquer forma que seja. Conforme dito anteriormente, o consumidor é reconhecido como a parte mais vulnerável de uma relação de consumo, haja vista o poderio econômico e social sustentado pelo conglomerado de empresas que fornece produtos e serviços. Em referência a essa interação, opina Bittar (2011, p. 2):

Na ânsia de prover a exigências pessoais ou familiares – portanto, sob a pressão da necessidade -, os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, em face da força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação pura e simples, em bloco, do negócio (contrato de simples adesão).

A sociedade é organizada, majoritariamente, em função das relações de consumo das quais participa. Tendo em vista as necessidades básicas e outras despertadas pela publicidade, os cidadãos buscam no mercado produtos e serviços que satisfaçam essas necessidades e desejos. Contudo, muitos fornecedores, em busca de corte de custos e ganhos vantajosos, oferecem produtos aquém da qualidade que seria esperada. Em decorrência dessa dinâmica, expõe Bittar (2011, p. 3):

Daí a ocorrência de práticas comerciais lesivas: condicionamento do fornecimento de um produto à aquisição de outro; inobservância de normas técnicas na produção; deflagração de publicidade enganosa (apregoação de qualidades inexistentes, ou de propriedades ilusórias do produto ou do serviço); ausência ou insuficiência de informações aos consumidores ou,

ainda, divulgação indevida de informações (depreciativa de ação do consumidor); inclusão de cláusulas contratuais abusivas (como as de perda de numerário; exoneração de responsabilidade; excesso de garantias e outras); colocação no mercado de produtos ou de serviços viciados (como os casos de diferença de qualidade e de quantidade; de ausência de componente essencial e outros).

De acordo com as hipóteses elencadas acima, há inúmeras situações nas quais o consumidor poderá ser lesionado. Nesses casos, o Código do Consumidor, reconhecendo a vulnerabilidade da parte prejudicada, estabelece a inversão do ônus da prova. Ou seja, a parte acusadora, no caso, o indivíduo que detectou o defeito ou vício do produto, não será responsável por provar a veracidade de suas alegações. Dessa forma, o fornecedor ou produtor será encarregado do ônus da prova, tendo que reunir fatos que refutem as acusações realizadas. Há apenas três condições nas quais o fornecedor poderá se eximir de culpa, que estão dispostas no art. 12, parágrafo § 3º, da lei nº 8.078/90:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I – que não colocou o produto no mercado;
- II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A inversão do ônus da prova evidencia a fragilidade do público consumidor, o qual possuiria dificuldades em coletar provas e outros dados técnicos que assentissem os danos e defeitos aclamados. Tal instituto é objeto do art. 6º, inciso VIII, do Código do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Categorizado como direito básico, a inversão do ônus da prova é essencial para a defesa daquela camada de indivíduos que não possuem meios suficientes para validar suas opiniões e experiências. Sobre tal aspecto, relata Freitas (2002, p. 109):

[...] Assim, diante de um “homem médio”, ou “cidadão comum”, na maioria das vezes desprovido de consciência de seus direitos e deveres, impossibilitado, muitas vezes, de discernir o que é certo do que é errado diante das situações que a ele se apresentam diariamente, em regra, não há como, constatada tal condição, deixar de tratá-los como hipossuficientes. Disso se conclui que o tratamento especial concedido ao consumidor muitas vezes é imprescindível para que ele possa fazer valer seus direitos, já que, se abandonado solitariamente a sua própria sorte, pouco ou nada conseguiria.

Por conseguinte, a lei possui o condão de fortalecer a posição do consumidor nas relações de consumo, garantindo-lhe a possibilidade de impor-se contra as injustiças que lhe são afligidas. Figueiredo (2009, p. 301) explica a forma de atuação do juiz nos casos de inversão:

A decisão do juiz pela inversão deve estar pautada: i) ou na verossimilhança da alegação do consumidor, ii) ou por ser o consumidor hipossuficiente. A verossimilhança dos fatos alegados pelo consumidor diz respeito à probabilidade de estar alegando a verdade, não sendo necessária a prova inequívoca dessas alegações. Já a hipossuficiência do consumidor diz respeito ao seu desconhecimento técnico e informativo do produto ou serviço, pois, em regra, é o fornecedor que tem condições técnicas e científicas de demonstrar se o fato alegado pelo consumidor se deu ou não conforme o alegado.

Conforme exposto, o magistrado decidirá pela inversão ao analisar a coerência da alegação feita pelo consumidor ou pela sua hipossuficiência, a qual está relacionada à falta de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço utilizado.

Por meio dos princípios constitucionais, é possível dimensionar a vulnerabilidade do consumidor e o sistema de proteção que visa reestabelecer o equilíbrio, considerando que “o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”. (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 415)

À vista disso, a disciplina contratual entre sujeitos privados deve ter como plano de fundo as balizas principiológicas contidas na Magna Carta, com vistas a alcançar a redução das desigualdades e a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema Nascimento (1989, p. 10) nos coloca as seguintes considerações:

Regra-se sob o título ordem econômica um conjunto de normas de intervenção protetora ou restritiva às atividades econômicas, em consequência de certas finalidades e através de certos meios. Os fins

buscados se vinculam à garantia de uma existência digna para todas as pessoas, de acordo com o que se denomina de justiça social. Inclusive, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III, da Constituição) e a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da mesma Carta). Os meios usados, afora outros princípios dizem respeito com a "valorização do trabalho humano" e a "livre iniciativa". Esta é a compreensão de ordem econômica e seu conteúdo programático.

Considerando que o Brasil possui uma economia de mercado, o texto constitucional tutela a livre iniciativa e a livre concorrência, contudo, a intervenção estatal no domínio econômico é permitida frente a abusos do poder econômico, a fim de tutelar interesses do corpo social.

A constitucionalização do direito privado representa a tutela dos direitos fundamentais por meio da preservação do ideal democrático, uma vez que busca estabelecer igualdade nas relações contratuais, em observância aos ditames do texto constitucional.

Nesse sentido, oportuno lembrar a lição de Nelson Nery Junior (1992. p. 53) que ensina:

[...] devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5º caput, Constituição Federal), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia real, substancial e não meramente formal).

No que tange ao princípio da isonomia, não podemos considerar que a Lei 8.078/90 é inconstitucional a medida que estabelecer como baliza normativa a defesa do consumidor, ferindo com isso o princípio constitucional da isonomia, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor atua nos exatos mandamentos da Constituição Federal, uma vez que o Artigo 5º, inciso XXXII indica que : "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", e ainda atende aos princípios que orientam a ordem econômica como disciplina no Artigo 170, inciso V, da Constituição Federal.

Dessa maneira, ao dispor sobre mecanismos de tutela ao consumidor a legislação consumerista, figura como um microssistema próprio de intervenção no mercado de consumo, com vistas a estabelecer um equilíbrio entre as partes.

Dessa forma, verificamos que a constitucionalização do direito civil, trouxe para a disciplina dos contratos preocupações com o desenvolvimento humano, atrelado ao progresso econômico.

A nova tendência contratual na pós-modernidade apresenta uma redução do papel da vontade das partes, o que Enzo Roppo (2009, p.297) denomina de objetivação do contrato, uma vez que diante da moderna economia de massa, com trocas comerciais dinâmicas, o Estado deve atuar no sentido de garantir a estabilidade do mercado econômico.

Nesse sentido Roppo (2009, p.301):

A razão unificante de todas estas regras é a exigência de Tutelar a confiança (e enquanto isso, como sabemos, garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto das transferências, de riqueza). Mas Tutelar a confiança só é possível dando proeminência - na definição do tratamento jurídico das relações- aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico dos comportamentos, a sua cognoscibilidade social, e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, as suas representações subjetivas, limitadas ao foro íntimo - em conclusão, à sua vontade. Daqui uma objetivação do direito dos contratos e do próprio conceito de contrato (cujas definições tendem, cada vez mais, a basear-se no elemento declaração em vez de no elemento vontade): consequência inevitável do objetivar-se, standartizar-se, despersonalizar- se dá as operações econômicas que constituem o seu substrato real.

Frente às múltiplas relações contratuais desenvolvidas na pós-modernidade, ganha relevância não apenas as vontades individuais dos contratantes, mas os interesses coletivos, dessa forma, a reconstrução das teorias contratuais dialoga com os princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito e a ordem econômica.

3 A PERSONALIDADE JURÍDICA E A SUA AUTONOMIA PATRIMONIAL

Com o advento do capitalismo, as relações comerciais se acentuaram e o número de empresas se multiplicou. A fim de alavancar a economia e promover o desenvolvimento das cidades, surgiu a figura da personalidade jurídica, detentora de autonomia patrimonial. Assim, a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações (DINIZ , 2012, p. 264).

Portanto, tal autonomia é fundamental para que os indivíduos sejam motivados a se engajarem em atividades empreendedoras, constituindo sociedades

fornecedoras de bens e serviços à comunidade. Sobre a importância da separação dos patrimônios, destaca Barata (2006, p. 207):

O instituto da personalidade jurídica permite a separação da figura da sociedade da de seus sócios e, mais, pode criar uma clara divisão entre os patrimônios de cada qual. Naqueles casos em que a existência da personalidade jurídica afasta a responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade, o Direito confere segurança às pessoas físicas no sentido de que, respeitadas as regras do jogo, seu patrimônio pessoal não será sacrificado em caso de insucesso dos negócios de sua empresa.

Dessa forma, a figura da pessoa jurídica não se confunde com a dos sócios e administradores que dela fazem parte. Tal característica é abordada na redação do art. 47 do Código Civil de 2002: Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

O ato constitutivo da pessoa jurídica é o seu registro de nascimento, no qual é estipulado seu modo de funcionamento, as regras impostas às pessoas responsáveis pela gerência, os direitos e obrigações dos sócios, etc. De acordo com Venosa (2010, p. 234):

Os poderes outorgados à pessoa jurídica estão delimitados nos atos constitutivos, em seu ordenamento interno (contrato social, estatutos), bem como delimitados pela lei, porque os estatutos não podem contrariar normas cogentes, quando a atuação de determinadas pessoas jurídicas é autorizada ou fiscalizada (em sentido estrito) pelo Estado. Há restrições de ordem legal, por vezes impostas pelo Estado, que obrigam certo controle estatal.

Nesse diapasão, a pessoa jurídica responderá de forma autônoma pelos atos que venham a praticar seus administradores, desde que estejam em consonância com a função para a qual foi destinada e as delimitações impostas pelo seu ato constitutivo, bem como de acordo com a legislação pátria. Sobre esses aspectos, demonstra Diniz (2012, p. 340):

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz 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. [...] se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem; se o patrimônio da sociedade personalizada não se identifica com o dos sócios, fácil será lesar credores, ou ocorrer abuso de direito, para subtrair-se a um dever, tendo-se em vista

que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade.

Conforme exposto acima, a pessoa jurídica e a figura do seu administrador são realidades que não se confundem, haja vista o fato de que a empresa é gerida não em proveito ou com vistas a atingir os objetivos pessoais dos indivíduos investidos de poderes diretivos, mas sim para alcançar os fins econômicos e sociais definidos em seus atos constitutivos. Como o patrimônio da pessoa jurídica responde por todos os atos que venha a praticar, haverá situações em que a sua autonomia jurídica será utilizada de forma abusiva e fraudulenta, descumprindo os preceitos de sua fundação e ferindo direitos de outrem.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica surgiu como medida de proteção da autonomia da pessoa jurídica, quando essa for usada para acobertar abusos de direito cometidos pelos seus administradores.

4 O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A técnica da desconsideração da pessoa jurídica é conhecida também como *disregard of legal entity*, *disregard doctrine* e *lifting the corporate veil*, expressões em inglês diante da origem no direito norte-americano (DOBARRO E ARAÚJO, 2015, p. 622). O instituto da desconsideração da personalidade jurídica visa suprimir a autonomia da pessoa jurídica de forma episódica, a fim de atingir os verdadeiros responsáveis pelas fraudes cometidas em nome do ente jurídico. Assim, nos ensina Freitas (2002, p. 48):

Em sendo cabível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o que se pretende é uma declaração de ineficácia do princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, e casos concretos, como os de abuso de direito e de utilização destinada a prejudicar credores ou violar a lei. Sabendo-se que a desconsideração da personalidade jurídica possui caráter de exceção à regra, a personalidade jurídica deve ser afastada quando ocorrerem as hipóteses previstas em lei. De modo geral, a desconsideração da personalidade jurídica deverá ocorrer, apenas, quando a personalidade tiver sido utilizada com o propósito de cometer uma fraude, ou justificar um ato contrário à equidade, ou de se subtrair ao cumprimento de obrigações assumidas perante terceiros, ou ainda de evitar a aplicação da lei, e a fim de permitir a uma pessoa a atribuição para a sociedade do que são, na verdade, seus próprios atos.

De acordo com o exposto acima, é importante salientar que a técnica da *disregard doctrine* é praticada de forma temporária com o intuito de alcançar os fatos que extrapolaram os limites impostos pelo ato constitutivo do ente jurídico. No caso de desconsideração, ignora-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonificação, ao contrário, a pessoa jurídica é dissolvida (TARTUCE, 2012, p. 242). Não se trata, portanto, de despersonificação da pessoa jurídica, pois não será ela extinta permanentemente. Sobre esse tema, disserta Freitas (2002, p. 69):

É imprescindível salientar que a desconsideração da personalidade jurídica não objetiva de forma alguma anular a personalidade jurídica. Sua meta é unicamente desconsiderar, no caso concreto, restritamente, a pessoa jurídica, no que diz respeito às pessoas ou bens utilizados para o cometimento de irregularidades. Ocorre, na realidade, uma hipótese de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica apenas para certos efeitos, continuando, entretanto, a funcionar normalmente no que tange aos demais fins propostos que sejam considerados lícitos. Não há, portanto, de forma alguma, nulidade da pessoa jurídica.

Depreende-se, portanto, que não é possível falar sobre despersonificação da personalidade jurídica, pois, todos os atos lícitos e não fraudulentos praticados pela sociedade são preservados, gerando benefícios àqueles que mantêm relações com a pessoa jurídica, como sócios, funcionários e público consumidor (FREITAS, 2002, p. 74).

Destarte, tendo em vista o estimado valor social das empresas, a técnica da desconsideração mostra-se atraente, já que preserva a pessoa jurídica, não comprometendo seus outros tipos de negócios e interesses, tampouco os verídicos intentos da sociedade (DOBARRO E ARAÚJO, 2015, p. 622). De acordo com Freitas (2002, p. 110) “Assim, a decisão que desconsidera a autonomia da pessoa jurídica apenas declara a ineficácia episódica da personalidade jurídica, isto é, a declaração diz respeito apenas ao episódio a ser analisado pelo Judiciário”. Portanto, a autonomia da sociedade será desprezada para que o episódio que justificou a sua desconsideração seja analisado.

4.1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM FACE DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

O Código do Consumidor foi o primeiro dispositivo a instituir a aplicabilidade da *disregard doctrine* na legislação brasileira. Como já discutido em linhas anteriores, o consumidor é considerado como a parte mais vulnerável de uma relação consumerista e, devido à sua hipossuficiência diante de atores econômicos com poderes de manipulação e conhecimentos técnico-científicos de maior vulto, o indivíduo comum se encontra em situação de desvantagem nas interações comerciais.

A desconsideração é objeto do art. 28 e seu §5º do Código em comento:

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.

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

O *caput* do art. 28 da lei nº 8.078 de 1990 abarca a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, qual seja aquela que leva em consideração os critérios subjetivos de culpa do fornecedor responsável pelo produto ou serviço. Essa mesma teoria é adotada no Código Civil de 2002:

Art. 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.

Note-se que o *caput* do art. 28 do Código do Consumidor traz em seu bojo descrição mais detalhada das situações nas quais a desconsideração poderá ser requerida. Percebe-se, portanto, uma tentativa do legislador em exaurir as formas de que se valeriam os empresários para infringir a previsão legal de atrelamento da pessoa jurídica ao seu escopo abarcado no contrato social (DOBARRO E ARAÚJO, 2015, p. 625).

Já o § 5º do Código vislumbra a teoria menor da desconsideração, sendo aquela que requer apenas a prova de insolvência da pessoa jurídica para com as obrigações devidas aos consumidores, independentemente de atos

fraudulentos ou abusos cometidos. Não há, portanto, subordinação do §5º às hipóteses dispostas no *caput* do art. 28, sendo necessária apenas a prova de que há obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores (FIGUEIREDO, 2009, p. 377).

Sobre o aspecto extenso do dispositivo, leciona Guimarães (1998, p. 49):

Em relação ao § 5º do Código de Defesa do Consumidor – Sendo assim, nesse parágrafo, o legislador, elegendo o dano do consumidor, enquanto parte mais fraca na relação de consumo, como pressuposto para a aplicação da desconsideração, determina que, independentemente da presença de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, desconsidere-se a personalidade jurídica, caso a autonomia patrimonial desta represente um empecilho para a satisfação do direito do consumidor.

Tal característica abrangente trazida pela teoria menor é motivo de divergências na doutrina. Nos dizeres de Barata (2006, p. 216):

Isto é, o § 5º, por se tratar de norma de conteúdo totalmente abstrato e genérico, pode conduzir à interpretação de que a desconsideração da personalidade jurídica ocorreria ainda que não estivessem presentes os requisitos enumerados no *caput* do artigo 28, tornando a desconsideração a regra, e não a exceção, em matéria de relações de consumo.

Como visto anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica possui caráter excepcional e episódico, não podendo ser utilizada em qualquer situação, sob pena de banalizar importante instituto garantidor da autonomia patrimonial, gerando insegurança no meio empresário. O entendimento precípua é de que o § 5º não deve ser interpretado como uma cláusula aberta e autorizadora da desconsideração sempre que ocorrer dificuldades no ressarcimento de danos sofridos pelos consumidores, mas como requisito mínimo para análise das hipóteses previstas no *caput* do art. 28 (BARATA, 2006, p. 219). A esse respeito, pondera Coelho (1994, p. 229):

No tocante ao disposto no § 5º do art. 28, note-se que a primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Esta interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. 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 essa a intenção do legislador, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.

Conforme demonstrado pelo autor, a mera prova de prejuízo causado ao consumidor não deve ser motivo para a desconsideração da personalidade jurídica, devendo-se ater às situações previstas no *caput* do art. 28. Além disso, o caráter eventual e excepcional da utilização da *disregard doctrine* não pode ser ignorado, haja vista a importância da autonomia patrimonial conferida às pessoas jurídicas. Ainda segundo o autor, em parágrafo posterior a este, o disposto em questão deve ser reservado 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 da atividade ou fornecimento de produto ou serviço (COELHO, 1994, p. 229).

Neste deslinde, o §5º do artigo 28 do Código do consumidor afeta a função social da empresa, importante instituto de desenvolvimento da sociedade, que fica à mercê de todo e qualquer motivo impeditivo de reparações de perdas ocasionadas pela pessoa jurídica aos consumidores. Esse cenário implica a banalização da técnica de desconsideração, que causa malefícios ao exercício empresarial e sua atuação na economia do país, já que é responsável por suprir as necessidades fundamentais dos indivíduos (DOBARRO E ARAÚJO, 2015, p. 635).

Esse dispositivo amplia significativamente as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica, com a possibilidade de se encaminhar para terreno perigoso e repleto de excessos e precipitações. Dessa forma, ainda que os administradores e sócios-gerentes tenham agido com boa-fé e dignidade, qualquer empecilho que dificulte o ressarcimento de danos causados ao consumidor será motivo para intermediação da *disregard doctrine*, pois aquele nunca poderá sair lesado (PINTO, 2003, p. 53).

Apesar da condição de direito fundamental conferida à defesa do consumidor, é necessário haver bom senso nas decisões que envolvam a desconsideração da pessoa jurídica, tendo em vista sua excepcionalidade. A

autonomia patrimonial não pode ser desfigurada de forma automática por critérios mal examinados. A esse respeito, disserta Requião (1969, p. 20):

É preciso, para invocação exata e adequada da doutrina, repelir a ideia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração da pessoa jurídica se torne instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através de séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados [...].

Neste diapasão, é preciso conceber o equilíbrio entre a teoria maior, constante do *caput* do art. 28 do Código do Consumidor e a teoria menor, representada pelo § 5º do mesmo artigo. Torna-se dificultoso aliar ambas as previsões contidas em um mesmo diploma legal, haja vista suas distinções. Porém, o entendimento doutrinário é de que o *caput* do artigo 28 deve prevalecer sobre o seu § 5º, uma vez que todo *caput* deve ser orientação da interpretação do restante do dispositivo, não podendo os seus parágrafos o contrariar. Tal interpretação semelha ser a mais apropriada em termos hermenêuticos (DOBARRO E ARAÚJO, 2015, p. 636).

Portanto, o dispositivo em destaque deve ser tratado como requisito mínimo para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e não como uma revogação da autonomia patrimonial da personalidade jurídica. Amplo debate democrático deve preceder uma possível revogação da limitação de responsabilidade das pessoas jurídicas nas relações de consumo, tendo em vista o impacto econômico e social além dos aspectos morais e de justiça (DOBARRO E MARCHERI, 2013, p. 20).

5 CONCLUSÃO

As profundas mudanças ocorridas na ciência do Direito, sobretudo, a partir do século XX, alcançaram também as obrigações contratuais, impondo aos

contraentes regramentos e condutas éticas a fim de estabelecer uma relação de equidade.

Assim, o novo panorama com um Estado intervencionista retrata a mudança no contrato pautado anteriormente na plena liberdade de pactuar, para um direito pós-moderno que visa o equilíbrio entre as partes, protegendo assim a parte vulnerável.

A defesa do consumidor, como direito fundamental garantido pela Carta Magna, é cláusula pétrea e possui à sua disposição ampla esfera de mecanismos de proteção que garantem tratamento especial ao consumidor. A lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa Consumidor) é o dispositivo infraconstitucional que regula as relações de consumo.

O diploma citado foi o pioneiro a recepcionar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, tendo como efeito a anulação temporária da autonomia da pessoa jurídica a fim de que seja realizada a análise dos episódios que ocasionaram a adoção da *disregard doctrine*.

A “teoria maior” da desconsideração é objeto do *caput* do artigo 28 da lei em comento, sendo que o legislador esgotou todas as hipóteses relacionadas a fraudes e abusos passíveis de serem cometidos por fornecedores. Já a “teoria menor”, que pressupõe apenas a situação de insolvência da pessoa jurídica perante seus clientes para o descobrimento do véu da entidade jurídica, é encontrada no § 5º do mesmo artigo em análise.

O maior entrave a ser dirimido é a cláusula aberta contida no parágrafo em questão, que diz: “[...] Sempre que sua personalidade (da pessoa jurídica) for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Tal expressão possui caráter extenso que pode conceder margem à interpretação de que qualquer obstáculo, independentemente das situações previstas no *caput* do artigo 28, podem justificar a desconsideração.

Levando em conta o fato de que a teoria da *disregard* deve ser aplicada de modo excepcional e episódico, haja vista o princípio fundamental da autonomia da pessoa jurídica para a realização de negócios e desenvolvimento econômico e social, não é possível que um instituto concebido para aperfeiçoamento da personalidade do ente jurídico seja vítima de banalização por decisões que ignoram importantes fundamentos, principalmente no que se refere à separação patrimonial da sociedade perante seus sócios.

Conforme o exposto, o § 5º deve ser entendido como requisito mínimo para análise das razões que demandam a aplicação da teoria da desconsideração, a fim de que se atinja o equilíbrio entre a excepcionalidade de sua aplicação e os direitos fundamentais do consumidor.

O conclamado e inacabado Estado Democrático de Direito que vivemos, possui natureza constitucional interventiva, já que promove a regulação das interações comerciais e sociais, nesse sentido, resta inconteste a relevância do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito consumerista, para a efetiva tutela ao consumidor.

Por fim, oportuno considerar que a intervenção estatal, com vistas a proteger o consumidor, atua como forma de garantir o bem-estar social e tutelar as diretrizes da ordem econômica, como protetor da ordem jurídica vigente que concede primazia a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, **Curso de Direito Administrativo**, 6ª edição, Malheiros Editores, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 1 : teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo e ARAÚJO, Andre Villaverde de. **Código de defesa do consumidor, a controversa configuração do artigo 28 e sua relação com a função social da empresa** - 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/17v087sz/Mx9NXK7Pn6d6kzg5.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2017.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo e MARCHERI, Pedro Lima. **A importância da desconsideração da personalidade jurídica para o consumidor brasileiro** -

2013. Disponível em:
<www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_16559_16580.pdf>.
Acesso em: 01 de julho de 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado**. São Paulo: Rideel, 2009.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor: aspectos processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe, BENJAMIN, Antonio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson, **Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, n. 07. 1992.

PINTO, Eduardo Viana. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica** - 1969. Disponível em:
<<https://professorhoffmann.files.wordpress.com/2011/10/requiao-rubens-abuso-de-direito-e-fraude-atravc3a9s-da-personalidade-jurc3addica.pdf>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Org.). **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Verbatim, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: volume 1 : lei de introdução e parte geral**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.