

**PROBLEMÁTICAS SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO § 5º DO ARTIGO 28 DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A INTERPRETAÇÃO DA TEORIA DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

**PROBLEMATICS ABOUT THE CONFIGURATION OF § 5TH OF THE ARTICLE 28
FROM THE CONSUMER DEFENSE CODE AND THE INTERPRETATION OF THE
THEORY OF DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY**

Sergio Leandro Carmo Dobarro *

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior **

RESUMO

Este artigo busca perscrutar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica com foco no § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que deve funcionar como arcabouço de concretização de direitos e atribuição de saldo benéfico ao processo. Debuta-se com a procura pelos delineamentos atuais acerca da pessoa jurídica e da sociedade empresária e suas aplicações modernas, passando pela apreciação da importância da autonomia patrimonial da sociedade empresária. Estudam-se em seguida também os transtornos sobreviventes do emprego incorreto da personalidade jurídica, inferindo-se a possibilidade do emprego da teoria da desconsideração, cujo mérito jurídico é imprescindível por ser uma ferramenta que permite amoldar a pessoa jurídica aos seus objetivos iniciais, restringindo o uso imerecido ao oportunizar que em determinadas ocorrências o magistrado afaste a personificação societária com a finalidade de chegar diretamente ao patrimônio pessoal dos sócios responsáveis pelo ilícito cometido. Propendendo uma análise mais concisa do tema, são avaliadas a teoria maior e a teoria menor, objetivando um panorama mais amplo para a compreensão da essência do § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e sua (in)aplicabilidade. Buscando conferir um viés utilitarista à teoria, testa-se a hipótese de que como o *caput* do artigo 28 já amplia por si só a proteção do consumidor, ao criar mais hipóteses nas quais incidiria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não há sentido em adotar a teoria menor no §5º, o qual não deve ser aplicado – adotando-se um raciocínio hermenêutico no caso concreto em tal sentido – e, se possível, acabando com todas as controvérsias, revogado.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor; teoria da desconsideração da personalidade jurídica; efetividade; hermenêutica; § 5º do artigo 28 do CDC.

ABSTRACT

This article seeks to investigate the institute of the disregard of the legal personality, focusing in the § 5th of the article 28 of the Consumer Defense Code, which must work as structure of achievement of rights and assignment of positive balance to the process. It begins with the

* Mestrando pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. E-mail: sergioleandroc@itelefonica.com.br.

** Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica, Vice-coordenador e Docente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

search for actual demarcations of the legal entity, the business society and its modern applications, passing through the appreciation of the importance of the patrimonial autonomy of the business society. Following it is studied the disorder from the incorrect use of legal personality, inferring to the possibility of use of the theory of disregard, which juridical merit is essential for being a tool that allows to shape the legal entity to its initial objectives, restraining the undeserved use to opportune determinate occurrences, the magistrate move away the societal personification, aiming to come directly to the personal asset of the partners responsible for the illegal done. Given an analysis more concrete of the theme, it is judged the major theory and the minor theory, aiming a broader overview to the comprehension of the essence of the § 5th of the article 28 of the Consumer Defense Code and its (in)applicability. Searching to check an utilitarian pattern to the theory, it is tested the hypothesis of how the *caput* of the 28 article extend by itself the protection of the consumer, creating more hypothesis which indicates a theory of disregard of the legal personality, there is no sense in adopting the minor theory in § 5th, which must not be applied - adopting a hermeneutics reasoning in the concrete case in this sense - and, if possible, ending with all controversy, revoked.

KEY-WORDS: Consumer Defense Code; Theory of the Disregard of the Legal Entity; Effectiveness; Hermeneutics; § 5th of the Article 28 of CDC.

INTRODUÇÃO

No âmbito civil, o indivíduo possuidor de personalidade jurídica dispõe de direitos e, por conseguinte, deveres, havendo um atrelamento jurídico entre estes dois aspectos, salvaguardando objetivos jurídicos, econômicos e sociais.

A base do instituto da pessoa jurídica é a técnica da separação patrimonial defendida pelo princípio da autonomia patrimonial, obtendo desta forma individualidade própria, desvinculada dos componentes pessoais que a constituem.

Deste modo, a possibilidade da concepção de uma pessoa jurídica remete em especial à chance que se tem de definir exatamente o capital com designio característico de efetivação do empreendimento, concebendo-se a chamada separação de responsabilidades entre o sócio e a sociedade.

Com frequência, a deturpação do caráter e a ambição do homem fazem com que a sociedade seja vista como uma ferramenta por meio da qual se torna possível concretizar trapças. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica corrobora que a personalidade jurídica, nos moldes finalísticos, tradicionalmente concebidos, não é um dogma intangível. O emprego impróprio da personalidade para fraudes e abusos permite ao magistrado aplicar a mencionada teoria, deixando de lado momentaneamente a autonomia patrimonial com a finalidade de ampliar as implicações das obrigações da pessoa jurídica ao patrimônio particular de seus sócios.

Em virtude destas ocorrências, estabelece-se a intervenção do Estado, na medida em que o intuito para a qual a sociedade foi designada não foi correspondido, aplicando a

carecida reprimenda legal. É nesse diapasão que nasce a doutrina da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, objetivando, por meio do desempenho do Estado-juiz, alçar, no episódio real, o chamado “véu” da pessoa jurídica, apartando o regulamento da separação patrimonial entre sócios e empresa de maneira que se torne possível afetar o patrimônio do sócio ou acionista que se aproveitava da personalidade jurídica para finalidades de locupletamento, ocasionando prejuízo aos credores. Logo, esta doutrina é um modo de resguardar as complexas relações jurídicas viventes entre fornecedores e consumidores, sendo este último o elo mais vulnerável nas relações jurídicas em questão.

O objetivo geral deste artigo é realizar uma análise do § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, avaliando sua aplicabilidade no processo atual, mormente na seara consumerista. Far-se-á, destarte, um estudo que perpassa os delineamentos contemporâneos do parágrafo em comento, culminando com sua análise em um contexto atual, com foco no aspecto da concretização de direitos.

A problemática se centra no fato de que houve um equívoco referente à composição do §5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o qual representa a teoria menor, conjectura que é manancial de insegurança jurídica, mostrando-se relevante estudar se há ou não sentido na referida adoção da teoria menor.

Tratando-se de pesquisa qualitativa e exploratória que segue os procedimentos técnicos dos tipos bibliográficos e documentais, notadamente com levantamento de jurisprudência, adota-se o método hipotético-dedutivo e, a partir daí, levanta-se a hipótese de que como o *caput* do artigo 28 já amplia por si só a proteção do consumidor, ao criar mais hipóteses nas quais incidiria a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não há sentido em adotar a teoria menor no §5º, o qual não deve ser aplicado – adotando-se um raciocínio hermenêutico no caso concreto em tal sentido – e, se possível, acabando com todas as controvérsias, revogado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE PESSOA JURÍDICA, SOCIEDADE EMPRESÁRIA E AUTONOMIA PATRIMONIAL

Objetivando uma definição especial a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, torna-se imprescindível a compreensão sobre o que é a pessoa em seu sentido jurídico, seguindo com a análise do que consiste a sociedade empresária e de como funciona, em linhas gerais, a questão da autonomia patrimonial.

Destaca-se, oportunamente, a explicação de Monteiro (2007, p. 62), no que diz respeito ao conceito jurídico de “pessoa”:

Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direito e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico. Mas além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns.

A respeito da terminologia, a palavra “pessoa”, tem seu primórdio no Teatro da Roma Antiga, utilizada pelas representações teatrais, em que as atores utilizavam máscaras, em latim designadas como *persona*. As citadas máscaras tinham por objetivo ampliar o dom da fala dos atores quando da interpretação, efeito que era possível em virtude de uma espécie de lâmina na altura da boca, aparelho que tinha o designio de vibrar quando o ator pronunciava as falas de sua personagem, ampliando o som emitido e propagando-o entre a plateia. Destaca-se a conceituação de Plácido e Silva (1989, p. 365): “*Persona*, de *per* (por, através de) e *sono* (*som*), exprimia, primitivamente, a máscara usada pelos atores nas representações teatrais. Dessa forma, *dramatis personae* eram os representantes ou personagens dramáticos [...]”.

Assim, a Antiguidade romana entendia que o ator é o elemento físico, estático; enquanto que a personagem é a característica ou a capacidade conferida a este ator para embarcar em cena e vir a se relacionar com os outros personagens.

Vê-se, assim, que no Direito Romano Clássico tal figura começou a ser basicamente usada para diferenciar o ser em si do sujeito de Direito, da mesma forma que um determinado ator diferencia-se do personagem que interpreta. Deste modo, o ensinamento deixado pelo teatro da Roma Antiga começou a ser empregado para conceber a capacidade atribuída pela ordem jurídica a determinados sujeitos consistente em poder se relacionar juridicamente, de forma vasta, no palco Jurídico.

Entretanto, nem todos os seres humanos tinham a referida autorização para a prática de atos e negócios jurídicos. Contudo, durante a Idade Média, em virtude das necessidades de acautelar o patrimônio da Igreja Católica, passa-se a aceitar o patrimônio autônomo de todo ofício eclesiástico.

Neste sentido, aponta Coelho (2003, p. 230):

Os alicerces da teoria da pessoa jurídica encontram-se na Idade Média, em noções destinadas a atender as necessidades de organização da Igreja Católica e preservar seu patrimônio. Naquele tempo, o Direito Canônico separava a Igreja, como corporação, de seus membros (os clérigos),

afirmando que aquela tem existência permanente, que transcende a vida transitória dos padres e bispos [...]. A afirmação da vida da Igreja em separado leva à distinção entre o patrimônio dela e o de cada membro do clero. Falecendo um padre ou bispo, os bens em sua posse não podiam ser transmitidos a sucessores por pertencerem à corporação.

Logo, a concepção de que o Direito Canônico medieval, acolhendo às necessidades de organização de Igreja Católica, é a responsável pela ampliação e pelo desenvolvimento da conceituação de personalização de entidades coletivas.

Por conseguinte, o Direito Positivo começou a atribuir personalidade a determinadas organizações e coletividades humanas para que estas tivessem a permissão de titularizar direitos e obrigações jurídicas de maneira independente das pessoas físicas que as edificam.

Também conhecida como pessoa moral, a pessoa jurídica enquadra-se como um sujeito de direito personificado não humano e, pelo fato de ser personificada, tem a permissão de realizar ações em geral da vida civil, independente de detalhar as respectivas autorizações da lei. Como é considerada uma entidade não humana, está excetuada da categoria dos atos para os quais o predicado da humanidade é pressuposto, como adotar, casar e etc. (COELHO, 2003, p. 232).

Por sua vez, sociedade empresária, que adota a forma de pessoa jurídica autônoma, é uma forma de união de empenhos de múltiplos agentes, que objetivam lucros em uma atividade econômica, sendo necessário para tanto relevantes investimentos e distintas capacitações.

Nas palavras de Coelho (2006, p. 111), “a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações”. Logo, é a sociedade que, aperfeiçoa a atividade econômica de circulação de bens ou produção de serviços, habitualmente sob o formato de sociedade anônima ou sociedade limitada.

Cabe observar que não é toda sociedade que é uma empresa; da mesma maneira que há empresas que não são sociedades, por exemplo, o empresário individual; e que também há sociedades que não se integram nas empresas, como as associações e as sociedades simples, cujo objetivo não está na aquisição de lucro.

Assim, a sociedade empresária, é a pessoa jurídica que explora uma atividade tipicamente de empresa, desta forma, a oportuna sociedade é quem desempenha a atividade econômica. A expressão é dessemelhante de sociedade empresarial, que se refere a uma sociedade de empresários, não a uma pessoa jurídica autônoma constituída com os fins de empresa. Neste deslinde, a pessoa jurídica é o atuante econômico organizador da empresa.

Não é correto ponderar os componentes da sociedade empresária como os titulares da empresa, em virtude desta qualidade ser da pessoa jurídica, e não de seus membros. Portanto, a sociedade empresária é a pessoa jurídica, concebida em apartado do conjunto de pessoas, agindo ela própria como se fosse um empresário e não os seus sócios integrantes.

Para melhor delineamento deste conceito inicial, relevante o entendimento a respeito da definição de empresa, como objeto de Direito, e empresário, que se compõe em um sujeito de Direito.

Ressalta-se que a Empresa não se estabelece em um sujeito de direito, visto ser sujeito de direito o Empresário, não passando a Empresa de um objeto de operação deste.

Segundo Coelho (2012, p. 123):

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pode ser tanto a física, que emprega o seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.

A personificação da sociedade empresária implica numa autonomia patrimonial em relação aos seus sócios constituintes. Tal autonomia origina-se do fato de que sócios e sociedade não são o mesmo indivíduo, sendo que não se deve incumbir um indivíduo por dívida criada por outro. Desta forma, recairão sobre o patrimônio da pessoa jurídica da espécie sociedade empresária os créditos de seus credores, pois em princípio os bens dos sócios são inatingíveis aos deveres sociais devido à autonomia patrimonial.

Nesta linha, destaque para os ensinamentos de Coelho (2012, p. 42):

Como técnica de segregação de riscos, a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é um dos mais importantes instrumentos de atração de investimentos na economia globalizada. Trata-se de expediente que, em última instância, aproveita a toda coletividade, como proteção de investimento. A segregação de riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa. Se determinada ordem jurídica não contemplar a autonomia patrimonial (ou outras técnicas igualmente disseminadas de segregação de risco), é possível que muitos investidores receiem investir na economia correspondente. Afinal, a empresa não prosperando e vindo a experimentar perdas que acabem por leva-la à quebra, se isto, num determinado país, colocar em risco a totalidade do patrimônio do investidor (e não somente o que investiu no negócio), é provável que ele opte por direcionar seu capital para outro lugar.

De se notar que a autonomia patrimonial da sociedade empresária compõe um excelente fomento ao investimento de particulares na operação empresarial, tornando-se substancial ao progresso da economia, e, por defluência, à produção e à dispersão de riquezas.

De uma maneira geral, o indivíduo, por si mesmo, continuamente foi protagonista da ampliação das ações mercantis. Vale enaltecer que em certo momento foi compreendido que a união de pessoas e de forças financeiras constituiria fator de derradeira importância para um maior incremento das atividades comerciais. Sendo assim, a concessão da personalidade jurídica a estes seres não aconteceu de forma imediata e pacata, passagem que pode ser comprovada exemplificativamente no direito italiano e alemão, que não outorgavam personalidade às sociedades civis e quanto às comerciais, apenas a cediam às sociedades de capital, estando as demais apreciadas como mera comunhão (REQUIÃO, 1995, p. 76).

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica, em termos técnicos, engloba a ineficiência da autonomia da pessoa jurídica em certo caso concreto a ser analisado cautelosamente pelo Poder Judiciário, com a finalidade de proporcionar resultados mais adequados e justos a ambas as partes, preservando a efetividade do Direito.

2 TRANSTORNOS SOBREVINDOS DO EMPREGO INCORRETO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

A autonomia patrimonial outorgada à pessoa jurídica implica que as obrigações sociais não respinguem no patrimônio dos sócios. Em virtude de a sociedade possuir personalidade jurídica própria e independente da de seus componentes, tem a titularidade para representar-se nos fatos sociais, econômicos e jurídicos que emanem da sua atividade.

Na complexa vida civil a pessoa jurídica é fundamental, com personalidade jurídica, possui seus próprios direitos e, logo, obrigações, possuindo uma vinculação jurídica entre seus membros, com finalidades econômicas destinadas a um objetivo. O fato principal do instituto da pessoa jurídica é a técnica da separação patrimonial amparada pelo princípio da autonomia patrimonial, possuindo assim individualidade própria, desvinculada de seus membros que a formam. (DOBARRO; MARCHERI, 2013, p. 16561).

Contudo, a prática cotidiana desta autonomia patrimonial não foi tão positiva quanto se esperava, observando-se que o caráter irreduzível e irremovível da personalidade jurídica abria possibilidade para a realização de ilícitos, já que os administradores usavam da independência e autonomia oferecida às empresas para a realização de atos contrários ao ordenamento jurídico-constitucional.

Diante de tal situação, constatava-se a crise na essência da personalidade jurídica. Nos ensinamentos de Oliveira (1979, p. 262):

[...] é problema comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio básico da separação entre pessoa jurídica e pessoa-membro. Pois

em todos esses países pode surgir (como de fato tem surgido) o fenômeno da utilização da pessoa jurídica (e de sua subjetividade autônoma, separada) no contexto da busca de finalidades distintas daquelas que inspiram o conjunto do sistema jurídico.

[...]

Trata-se, ao contrário, da utilização do instituto na busca de finalidades consideradas em contradição com tais princípios básicos.

O cerne da problemática envolve o fato da pessoa jurídica, juntamente com o princípio da autonomia patrimonial, ser invocada com os escopos de ocultamento de fraudes, abusos de direito e desvios da finalidade social da empresa, isto é, com objetivos não condizentes com aqueles programados pelo sistema jurídico ao elaborar tal princípio.

Discorrendo sobre o tema, expõe Diniz (2002, p. 65):

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente de seus membros, pois efetua negócios sem qualquer ligação com a vontade deles, e, além disso, se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais que a compõem, se o patrimônio da sociedade não se identifica com o dos sócios, fácil será lesar credores, mediante abuso de direito, caracterizado por desvio de finalidade, tendo-se em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade.

Frente a certas circunstâncias, o acatamento da autonomia da pessoa jurídica implicaria na ratificação do contorno de intuito ilícito da sociedade; desta forma, o ilícito praticado pelo sócio continuaria oculto, acolhido pela ostensiva ilicitude da atuação da empresa. Num princípio absoluto de autonomia patrimonial, quando a empresa atuasse de forma ilícita, se imputaria a responsabilidade somente a ela, não ao sócio administrador.

Defronte ao exposto, tornou-se preciso procurar formas capazes de impedir irregularidades e deformidades sobrevindas do mau uso desse princípio substancial para o Direito, impossibilitando que a personalidade jurídica fosse manipulada para finalidades ilícitas. É exatamente neste cenário que desponta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A técnica da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica é também denominada como *disregard of legal entity*, *disregard doctrine* e *lifting the corporate veil*, expressões em inglês diante da origem no direito norte-americano.

A respeito das origens da teoria no Brasil, tem-se que em conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, Rubens Requião engranzou a concepção de desconsideração de personalidade da pessoa jurídica, inspirado na doutrina de Rolf Serick. Em tal conferência, justificava a aplicação da citada teoria sempre que a separação entre a

pessoa jurídica e o sócio significasse mera ilusão, sendo a sociedade usada como uma forma para a execução de fraude ou abuso de direito.

Sua aplicação tem o intuito de punir aqueles que não empregam a personalidade dos entes societários para as finalidades a que se destinam (LINS, 2002, p. 31-32). Caso a ordem jurídica, analisados certos desígnios, exalte a atividade comercial por meio da outorga da personalidade, também poderá, analisado o escopo de efetivação de fins ilegítimos, remover, ainda que momentaneamente, a mesma personalidade para alcançar o sócio ou acionista que atue ilegalmente. Com relação ao tema desconsideração, aponta Requião (1995, p. 76): “Pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio”.

Sobreleva-se que o desvio da personalidade deve ser compreendido, de acordo com o lavrado pela doutrina e jurisprudência, como uma cessação episódica de seus fins, objetivando a resolução de certo caso peculiar. Fora dessa suposição, a personalidade permanece para todos os remates que lhe são de direito.

Neste sentido, a desconsideração evidencia-se por ser uma técnica atraente, na medida em que preserva a empresa, não comprometendo seus outros tipos de negócios e interesses, tampouco as verídicas finalidades da sociedade. Porém, de suma importância frisar que a pessoa jurídica, notadamente a empresa, detém considerável valor social que, a todo custo, deve ser amparado.

Com relação ao estudo em torno dos elementos que se fazem necessário à aplicabilidade da desconsideração, é preciso levar em conta, a configuração de uma teoria maior e de uma teoria menor em torno do assunto citado.

A teoria menor estaria alicerçada no episódio de que o simples prejuízo do credor, por si só, seria satisfatório para a desconsideração da personalidade jurídica e a direta responsabilização do sócio (GUSMÃO, 2003, p. 43).

Por sua superficialidade, a teoria menor, asseguraria a atribuição dos sócios sempre que a sociedade não tivesse bens satisfatórios para cumprir com as suas responsabilidades. Contudo, essa compreensão não carece ser acolhida, no grau em que se desprende de todo andamento histórico e da própria estrutura da teoria da desconsideração, permitindo até mesmo que se ative uma perigosa insegurança jurídica, acarretando enormes males ao mercado e à sociedade.

Com relação à teoria maior, esta é efetivamente disseminada pela jurisprudência e doutrina, onde se obriga ponderar e, em regra, abrigar a personificação de certos entes e suas

implicações, desde que não se vislumbre que a personalidade jurídica não foi empregada como meio para o logro de finalidades juridicamente reprováveis (GUSMÃO, 2003, p. 42).

A respeito de determinadas características processuais significativas ao emprego da teoria da desconsideração, certas ponderações fazem-se necessárias. De acordo com entendimento que vem sendo admitido, pode a desconsideração ser decretada de forma eventual, ou seja, independentemente de ato autônomo para tal designio. No entanto, a despeito da incidentalidade, o direito ao devido processo legal não deve ser apartado, determinando-se, em qualquer episódio, a ampla defesa.

Seguidamente, defende-se que a personificação deve ser, em regra, respeitada, não incumbindo ao credor desmerecer, por sua oportuna aspiração, a separação patrimonial, direcionando a demanda prontamente ao sócio fraudador. É certo que a desconsideração tem que partir de órgão estatal – no caso, o juiz –, sendo assim, proibido ao credor eliminar ciclos, demandando prontamente os sócios.

A dicção desconsideração da pessoa jurídica no panorama brasileiro tem um significado incerto. A teoria maior é mais sofisticada, de certa forma complicada, enquanto que a teoria menor teria uma característica menos prolixa, sobrecarregada (COELHO, 2006, p. 35).

A teoria maior confere para a sua ocorrência o indício de manipulação burlista ou reprovável da pessoa jurídica, pelo que completa por divisar a estrutura da desconsideração gerando quando preenchidos os requisitos a afetação do patrimônio do sócio, a modelo da responsabilização por ação de má gestão ou do alcance da responsabilidade tributária ao administrador etc. (COELHO, 2006, p. 35).

Por sua vez, a teoria menor, sobrepõe a desconsideração em todo episódio de execução patrimonial do sócio por obrigação social, ficando vinculada à aplicação da desconsideração ao simples descontentamento do crédito. Isto é, para o emprego da teoria menor somente se faz necessário o episódio do descumprimento de um crédito que tenha arrolamento com o elemento social da empresa, não se falando em fraude, abuso de direito ou até mesmo em desordem patrimonial.

O campo jurídico em que se atue o operador do Direito gerará focos diversos, ora voltados à maior, ora à menor, teoria da desconsideração.

Importante observar que a desconsideração da personalidade jurídica tanto no campo trabalhista como no empresarial, teoricamente, é a mais vasta possível, ou seja, a compreensão dominante é a de que o uso deste instituto independe de fraude, abuso de poder ou ato ilícito dos sócios.

Contudo, tomando, por exemplo, o Direito do Trabalho, basta o inadimplemento do crédito trabalhista e que a respectiva sociedade empregadora não possua o suficiente em seu patrimônio para arcar com a execução. Portanto, os extensos resultados da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, no âmbito do processo trabalhista, são explicados pela aplicação subsidiária do artigo 28 do CDC, pois se propende a admitir a concreção do valor social de que todos têm direito a uma vida virtuosa e que o salário é a forma mais honesta de o trabalhador receber os elementos indispensáveis para sua subsistência. Neste deslinde, discorre Gonçalves (2004, p. 64), “a simples possibilidade do direito do empregado não ser atendido pode conduzir à desconsideração e responsabilização dos sócios, ou das demais sociedades componentes do grupo”. Logo, a jurisprudência trabalhista tem interpretado de forma muito mais ampla que a do texto legal a teoria da desconsideração.

Há na doutrina rigorosas condenações à dicção do artigo 28, *caput*, do CDC, alegando os críticos que a referida redação é excessivamente extensa, evadindo dos contornos apropriados que determinam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por si só, isto seria motivo de controvérsias, mas o contexto se intensifica com a visível contrariedade em relação ao §5º do mesmo dispositivo. Torna-se necessário ponderar, as variadas controvérsias de instituto de tamanha magnitude no ambiente jurídico, o que será feito no tópico seguinte.

3 A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A regra do ordenamento jurídico é a autonomia e a limitabilidade patrimonial da pessoa jurídica sociedade empresária, ao passo que em situações excepcionais é aceita a desconsideração da personalidade jurídica, atingindo diretamente o patrimônio dos sócios. Isto pode ocorrer em áreas como direito empresarial, direito civil, direito trabalhista e, como se verá neste tópico, direito do consumidor.

O primeiro diploma legal brasileiro a adotar expressamente a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor, através da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, mediante o seu artigo 28, *caput* e §5º:

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). [...]

§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL, 2014a).

O *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, na busca de definir de forma ainda mais específica as probabilidades de fraude no exercício da atividade empresarial pela pessoa jurídica, exibiu um rol mais esmiuçado de episódios em que a teoria pode ser aplicada, hospedando uma teoria maior subjetiva da desconsideração. Verifica-se, portanto, uma tentativa do legislador em exaurir as formas de que se valeriam os empresários para infringir a previsão legal de vinculação da pessoa jurídica ao seu desígnio abarcado no contrato social.

A expressão desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no cenário nacional tem um sentido indefinido. A teoria maior é mais aprimorada e, de certa forma, complexa, ao passo que a teoria menor teria uma particularidade menos redundante, isto é, menos cheia de nuances (COELHO, 2004, p. 35). O *caput* do artigo 28 caminha por uma teoria maior, mas traz pontos que facilitam a desconsideração da pessoa jurídica.

Confere a teoria maior para a sua passagem o sinal de manipulação fraudulenta ou condenável da pessoa jurídica, pelo que finaliza por divisar a composição da desconsideração de outros que também acarretam a pretensão do patrimônio do sócio, a exemplo da responsabilização por obra de má gestão, da abrangência da responsabilidade tributária ao administrador etc. (COELHO, 2004, p. 35).

Por fim, a teoria menor, aplica à desconsideração em toda ocorrência de execução patrimonial do sócio por obrigação social, ficando ligada a aplicação do instituto à insatisfação do crédito. Ou seja, para que se use a teoria menor só é preciso a ocorrência do descumprimento de um crédito que tenha relação com o componente social da empresa, sem a necessidade de citar a fraude, abuso do direito ou até mesmo desordem patrimonial. O espaço jurídico nacional em que se encontre o operante do Direito fará com que ele se defronte oras com uma abordagem voltada à teoria maior, ora com tratamento prevalente da teoria menor.

3.1 DA EMPREGABILIDADE QUANDO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Efetuando uma leitura do *caput* e do §5º do artigo 28 fica evidente uma contradição, trazendo no *caput* a conhecida teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica – que tem como subterfúgios de execução a ocorrência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, além de

falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração – e no §5º referenciando-se à denominada teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, que possui como única condição para sua aplicação a insatisfação do credor.

Conforme o aprendizado que se buscou no início deste estudo, é possível adaptar a “ficção” da personalidade jurídica à forma pela qual proporciona a autonomia de relações entre direitos e bens efetivos da pessoa física. No caso, o sócio e a pessoa jurídica, na figura da sociedade empresária, são entidades autônomas até que surjam motivos para desconsiderar essa “ficção jurídica”, de maneira a remover toda a independência que existe em círculo nos mencionados vínculos entre as pessoas físicas e jurídicas.

Desta forma, a desconsideração da personalidade jurídica, abarca a ineficiência da autonomia da pessoa jurídica em certo fato palpável a ser avaliado pelo Poder Judiciário, de maneira que incida sobre a pessoa física, ou seja, sobre o sócio que desempenhava domínio de comando frente à pessoa jurídica, ao passar a ter um compromisso direto por comportamentos que, de outro modo, seriam atribuídos exclusivamente à pessoa jurídica.

Ressalta-se observar, entretanto, que a simples desconsideração da personalidade da pessoa jurídica não ocasiona a desconstituição do ato jurídico que foi realizado, já que na verdade não ocorreu, mas tão meramente reverbera seus frutos junto à autonomia patrimonial que os sócios da pessoa jurídica possuiriam.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica evidencia uma ação áspera do Poder Judiciário no intuito de que, de alguma forma, se puna a atitude que a Lei Consumerista presume como ato atentatório ao direito fundamental do consumidor.

Nesta senda, o artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, assegura que “poderá o juiz 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” (BRASIL, 2014a), em meio a outras causas como, quando consistir em declarada a falência ou deflagrado for o estado de insolvência, por fim, quando o ato inscrito ocasiona lesão grave ao consumidor.

É expressamente clara a lei quando usa a palavra “poderá”, apontando mera discricionariedade de o Juízo desconsiderar a personalidade jurídica diante da análise de um dos atos registrados nos termos do mencionado dispositivo (DENARI, 2001, p. 237).

A compreensão é de que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser considerada como uma competência do Juízo, compreendendo-se como liberalidade de operação do poder jurisdicional. Contudo, em virtude de caso estar configurada uma das

presunções do artigo 28, não pode o Juízo hesitar em professar a desconsideração da personalidade. Conseqüentemente, o ato do juízo cognitivo que desconstitui a personalidade de definida empresa está apto a gerar perdas à empresa, atribuindo-se responsabilidade ao Poder Judiciário por eventual decisão jurisdicional errônea (MACIEL, 2006, p. 151).

A expressão *poderá* coloca assim uma faculdade relativa do magistrado, que não é obrigado a desconsiderar a personalidade jurídica em todos os casos, mas deverá fazê-lo quando presente alguma das hipóteses descritas no próprio *caput*. Analisadas as características legais previstas em lei, cabe ao juiz aplicar a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica objetivando que esta ação possa permitir a efetiva reparação de danos aturados pelo consumidor, assegurando os direitos básicos do consumidor, que são direitos fundamentais, notadamente o direito à apurada compensação das perdas elencado no artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, a circunstância que se anteparará é, no caso do §5º, um pouco mais adversa à autonomia da sociedade empresária, a saber, pois estabelece a probabilidade de a personalidade jurídica ser desconsiderada sucessivamente sempre que seu manto de autonomia, de algum modo, for um entrave ao ressarcimento de perdas custado aos consumidores. Adota-se, com efeito, a teoria menor.

Como se verá em detalhes em ponto seguinte do artigo, o veto presidencial em rejeição ao §1º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, ratificando-se o §5º pertencente ao mesmo dispositivo legal em absoluto desacerto, incompatível com toda a teoria da personalidade jurídica.

Ainda apreciando o §5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que em todo e qualquer ensejo impeditivo de reparação das perdas ocasionadas pela pessoa jurídica em dano ao consumidor, haveria que se aplicar a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Além do mais, se tomarmos em consideração que o §5º é regra de conteúdo absorto e categoricamente genérico, efetuando-se a compreensão mais luzente possível, alude-se que, mesmo se não realizadas quaisquer das atitudes do *caput* do artigo, que reporta a ideias de ações ilegítimas, a desconsideração da personalidade jurídica deveria prevalecer.

É latente que a autonomia patrimonial para a sociedade empresária e o conseqüente esquema de individualização da personalidade jurídica, em versando sobre a relação tomada entre sociedade empresária e o indivíduo que consome seus produtos ou serviços, não existe, visto que todo e qualquer caso no qual houvesse dano sofrido pelo consumidor ensejaria a responsabilização dos sócios através da desconsideração da personalidade jurídica.

De forma objetiva e direta, reconhece-se que unicamente por intermédio de uma junção de objetivos e bens, em regra, vinculada ao legítimo designo de lucro, é que uma empresa tem seu sentido de ser. Diversamente, se o inverso predominasse, ou seja, se essa reunião de empenhos e bens resultasse em prejuízo amontoado para a sociedade empresária, todo e qualquer indivíduo, claramente, não ousaria que sua profissão fosse a do empresário (FORGIONI, 2009, p. 50).

Nesse sentido, assevera Marques (1999, p. 639):

A previsão ampla englobando todas as hipóteses detectadas no direito comparado e na experiência jurisprudencial brasileira sobre o tema, deixa bem clara a opção legislativa pela proteção ao consumidor através da desconsideração sempre que a “personalidade” atribuída à sociedade for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor.

Com efeito, se a compreensão doutrinária acima fosse abrigada sem qualquer questionamento, seria o caso de se afirmar que a personalidade jurídica é mera ilusão, sem serventia prática, renunciando totalmente à teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica pátria e alienígena.

Por conseguinte, não se resume só ao Superior Tribunal de Justiça, alicerçado na compreensão acima revelada, a adoção de posicionamentos idênticos à percepção doutrinária majoritária acima colacionada. Observa-se o acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi:

Pessoa Jurídica – Desconsideração – Teoria maior e teoria menor – Limite de responsabilização dos sócios – CDC – Requisitos – Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou

com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do §5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos (Grifei) (BRASIL, 2003).

A teoria menor, predita no artigo 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor, tem a sua execução examinada na proporção em que adequada a desconsideração da personalidade jurídica independentemente da ocorrência da irregularidade de desígnio ou de desordem patrimonial, deixados de lado os liames ordenados na teoria maior.

Eis que, com a teoria menor, o magistrado, ao entender que a personalidade jurídica volveu-se em um empecilho a compensação de danos ocasionados ao consumidor, poderá desconsiderar a personalidade jurídica. Logo, o risco da atividade não pode incidir sobre o consumidor.

Todavia, no episódio da explosão acontecida no Shopping Center de Osasco-SP, os lojistas discutiram a aplicabilidade da teoria menor e protegeram a limitação da culpabilidade dos sócios.

Visualiza-se, logo, que a regra do § 5º do artigo 28 veio a dar explanação nova aos postulados da teoria, o que fez com que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica auferisse, no Brasil, cercania bem mais aberta, sempre que a contenda emane de relações de consumo.

Contudo, importante ressaltar que um argumento hermenêutico permite, se corretamente utilizado, conquistar outro fundamento persuasivo para extinguir o preceptivo em explanação, qual seja o entendimento pelo qual a explanação da norma não poderia levar à decodificação de um efeito incoerente, isto é, a uma peroração contraditória e insensata, se colacionada a todo o sistema normativo-coativo.

Fala-se numa técnica jurídica muito conhecida à teoria do direito, consistente em um artifício pelo qual o *caput* do artigo de Lei é a regra sobre as quais incisos e parágrafos seriam acessórios, de forma que não poderiam desobedecer à matéria do *caput* (NADER, 2002, p. 52). Não obstante, se o próprio *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor hospeda todas as probabilidades de se afigurar a desconsideração da personalidade jurídica, qual seria o fruto de um singelo parágrafo contestar tema já composto pelo *caput* do artigo,

impetrando, assim, ponto para uma antítese sugestiva à própria interrogação? Em contragolpe, pode-se exibir que o legislador, criterioso com o ensejo do veto presidencial, concretizou e injetou uma falha que atualmente não será complicada de ser concertada, seja pela revogação ou pela sensatez de um raciocínio jurídico hermenêutico.

3.2 DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO VETO AO §1º EM VEZ DO §5º DO DISPOSITIVO EM COMENTO

No que tange o Código de Defesa do Consumidor, determinados itens foram vetados. Analisando-se os motivos de veto de dispositivos contata-se que o §1º do artigo 28, que tratava sobre a maneira de efetivação da desconsideração da personalidade jurídica no processo, foi vetado:

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). (BRASIL, 2014a).

Constava no teor do §1º originalmente: “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” (BRASIL, 2014b). O argumento utilizado para o veto foi o de 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” (BRASIL, 2014b).

Segundo a mensagem de veto, verificou-se que o *caput* do art. 28 já possui todas as características imprescindíveis à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que compõe, de acordo com a doutrina extensamente predominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.

No intuito de desbastar as arestas deixadas pelo legislador, a doutrina traz diversos entendimentos a respeito do dilema, e é exatamente neste sentido que se postula que o veto presidencial foi dirigido ao §5º e não ao §1º (DENARI, 1998, p. 132).

Assim, tem-se a impressão que a real intenção do Presidente da República seria vetar o §5º, mas por um equívoco, acabou vetando o §1º, que decididamente nada contestava o *caput*. Em verdade, não passava de regra procedimental explicativa do mesmo.

Com relação ao veto do §1º, a demanda não é de difícil resolução, bastando ao aplicador da lei empregar-se de um raciocínio jurídico bastante simples, provido da teoria geral do processo, para elucidar os litígios que surgirem com relação à legitimidade passiva ou sobre quem careça responder pelos detrimientos causados ao consumidor quando a pessoa jurídica não o puder.

O ponto desanda mais complicado ao se avaliar o §5º, pois esse dispositivo está em completa potência no ordenamento jurídico, isto é, vigorando plenamente e com teor contraditório ao *caput* do mesmo dispositivo.

Por decorrência de um equívoco alusivo ao §1º, foi o artifício do veto admitindo incólume quanto ao §5º. Não havendo correlação coerente entre o embasamento do veto e o item realmente vetado, o que se constata é uma unidade de pensamento totalmente viciada.

Efetivamente, ordenou a Lei Maior à fundamentação do veto, e também limitou seu estímulo com o objetivo de anteparar desmandes autoritários por parte do Legislativo submetendo-o ao Executivo. Na realidade o que ocorreu no episódio em pauta é de fácil entendimento: o anseio do Executivo não foi devidamente contemplado pela mensagem de veto, o que derivou na desordem jurídica retro exibida.

A referida conjectura é manancial de insegurança jurídica que seria absolutamente remediável se na etapa de produção da lei o Executivo propusesse impecavelmente seu veto e se o Legislativo o contemplasse de forma clara. Entretanto, como a lei está em valia, isto é, já se consolidou o processo de produção da lei de forma viciada, é preciso a intervenção do Judiciário com a finalidade de dar correta interpretação à vontade dos demais Poderes, ao menos até que o Legislativo promova a devida alteração legal aprovada pelo Executivo pela não conferência de veto.

Torna-se claro que com a desarmonia entre o escopo do Executivo e o verdadeiramente ocorrido, com a rubrica do Legislativo, desobedeceu-se o § 4º, do artigo 66, da CF/88:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do **recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do** Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 76, de 2013).

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001).

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo. (BRASIL, 2014c).

O veto é um instrumento de controle do Poder Legislativo pelo Poder Executivo, servindo, inclusive, para barrar erros que possam passar na elaboração da lei, notadamente, questões que possam comprometer orçamentos, políticas e escopos da política governamental do Executivo. No caso, o veto poderia servir – e deveria servir – para minar a controvérsia entre o *caput* do artigo e seu § 5º, acabou por promover uma restrição inútil, recaindo sobre um parágrafo que tratava meramente de questões procedimentais correlatas ao *caput*.

Quanto ao veto do § 1º, incontestavelmente, foi inconstitucional, violando a finalidade do trâmite do mencionado artigo, mas em absoluto esta declaração de inconstitucionalidade geraria qualquer tipo de efeitos quanto ao §5º, mostrando-se necessária alguma outra medida, como, por exemplo, o Judiciário se posicionar pela sua invalidade nas cortes superiores ou o Legislativo editar lei alterando-o.

3.3 SOLUÇÃO HERMENÊUTICA AO CONFLITO ENTRE O *CAPUT* E O § 5º DO ARTIGO 28

Harmonizar as previsões do *caput* do artigo 28 e seu § 5º carece de um relevante empenho hermenêutico, já que ambos estão dentro de um mesmo diploma legal, pertencendo assim à mesma posição hierárquica e tendo sido promulgados concomitantemente e pelo mesmo órgão. Em termos de hierarquia normativa pelos critérios tradicionais, não há nada que diga que o § 5º e o *caput* possuem forças diferentes.

Determinados doutrinadores defendem a ideia que em situações com esta deve prevalecer a norma mais limitadora; porém, outros consideram que o *caput* dos dispositivos legais sempre deve imperar em seus parágrafos, que são simples apêndices deste.

Disserta Coelho (1991, p. 46) sobre a questão:

Uma primeira e rápida leitura do §5º do artigo 28 do Código do Consumidor pode sugerir que a simples existência de um prejuízo patrimonial pelo

consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica. Esta interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer, e isto por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, esta representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, que, assim, só pode ter sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abusos de direito. A simples insatisfação de um credor não autoriza, por si só, a desconsideração. Em segundo lugar, porque uma tal exegese tornaria letra morta o *caput* do artigo 28, que circunscreve algumas hipóteses autorizadas do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque esta interpretação equivaleria à revogação do artigo 20 do Código Civil em matéria de defesa do consumidor. E se esta fosse a intenção do legislador, a norma jurídica que a operacionalizasse poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.

Ressalta-se que o entendimento doutrinário majoritário é de que o *caput* do artigo 28 deve prevalecer sobre o seu § 5º, uma vez que todo *caput* deve ser guia da interpretação do restante do dispositivo, não podendo os seus parágrafos o contrariar. Tal interpretação parece ser a mais correta em termos hermenêuticos.

No que tange ao conflito em estudo, é possível argumentar que a proteção do consumidor prevaleceria sobre esta regra lógica da hermenêutica, de modo que independentemente de onde estivesse (*caput* ou §) sempre deveria ser utilizada a regra mais favorável.

Afinal, torna-se imprescindível lembrar que a Constituição da República dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]

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; (BRASIL, 2014c).

Neste diapasão, torna-se claro que a Constituição da República coloca a defesa do consumidor como um princípio, que deve imperar na interpretação e na criação das leis. Considera-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o consumidor – do mesmo modo que o trabalhador – encontra-se num estado de hipossuficiência, merecendo ampla proteção dentro do ordenamento jurídico.

De fato, no *caput* do artigo 28 o legislador respeitou os preceitos da criação da norma em favor da parte hipossuficiente (o consumidor) sem deixar de lado que tal processo de

criação não pode implicar na total ignorância da importância da atividade empresarial (sociedade empresária).

Evidencia-se:

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. (BRASIL, 2014a).

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. (BRASIL, 2014d).

Enquanto que o Código Civil, aplicável na teoria da desconsideração em outros campos do Direito que não o consumerista, prevê como situações de desconsideração apenas desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o Código de Defesa do Consumidor traz outras possibilidades de desconsideração: abuso de direito e excesso de poder (em que se subentendem ambos requisitos do Código Civil), além de infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (qualquer prática de ato ilícito gera no direito do consumidor uma possibilidade de aplicar a teoria da desconsideração).

Se, sozinha, a proteção ao Código de Defesa do Consumidor é mais ampla, seguindo o previsto pela Constituição Federal, adequado seguir a regra geral da hermenêutica, cabendo prevalecer o *caput* sobre o § 5º. Nem mesmo as relações de consumo autorizam a plena ignorância do princípio da limitabilidade do patrimônio da sociedade empresária, rejeitando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e o necessário incentivo às atividades de circulação de bens e serviços.

CONCLUSÃO

Sabe-se que, no Brasil, a primeira norma que versou sobre a desconsideração da personalidade jurídica foi o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que, em seu *caput*, especifica os episódios em que a desconsideração da personalidade jurídica poderá advir, notadamente: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação dos estatutos ou contrato social.

O Código de Defesa do Consumidor suscitou contendas em torno da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, principalmente na composição do §5º do

artigo 28, que admite a desconsideração em toda e qualquer ocasião em que a autonomia patrimonial da sociedade possa conceber danos aos clientes.

Foi possível perceber que houve um erro legislativo, como também tem-se a impressão que o real intuito do Presidente da República seria vetar o §5º, mas talvez por um equívoco, acabou se vetando o §1º. Desta forma, o Poder Executivo deu forças indevidas a um princípio de lei que enseja uma acentuada controvérsia jurisprudencial e doutrinária, qual seja o da teoria menor da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Nota-se que a concepção instaurada pelo §5º quebra a afirmação de que o sacrifício do instituto da personalidade jurídica é excepcional, somente podendo acontecer quando estabelecidos um dos comportamentos ordenados no *caput* do citado artigo.

Na suposição da Lei, o bem protegido pelo Direito conterà maior importância do que o benefício social que o preceito ambicionava salvaguardar, ao se averiguar que a autonomia patrimonial para a sociedade empresária é completamente renegada no âmbito das relações de consumo, mesmo que estejam vigentes as previsões do artigo 28, *caput*, que ali não estariam se excetuar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica numa teoria maior não fosse importante.

Verifica-se ainda que uma das probabilidades de integração do § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor seria pela aplicação da hermenêutica jurídica. Diferente providência, contudo, pode ser adotada por meio do bom senso do Legislador, alterando a regulamentação vigente.

O consumidor cada vez mais se torna informado e deixa de ser tão vulnerável quanto foi um dia, não se justificando uma teoria menor de desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de incentivo aos anseios de “maus consumidores” que, antevendo a perspectiva de uma provável sentença negativa ao fornecedor de produtos ou serviços, calham a empregar-se do método da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar alguma benesse que, normalmente, não seria provável.

Necessário que, até que sobrevenha uma devida alteração legal, fique atento o Poder Judiciário para que não perpetre injustiças a ponto de aniquilar a pessoa jurídica fornecedora, esta compreendida como elemento social e econômico que induz o desenvolvimento semelhante às pretensões de uma comunidade percebida como sociedade de consumo.

Torna-se evidente que existe um real conflito entre o *caput* do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e o seu § 5º, já que enquanto aquele obriga determinados pressupostos para a realização da personalidade jurídica, este estende de maneira ampla o instituto, adotando como pressuposto unicamente a insatisfação do credor. Desta forma,

conclui-se que mesmo o Direito do Consumidor tem como base a proteção da atividade empresarial, de forma que a teoria menor não deveria ser adotada nem mesmo nas relações consumeristas, por ignorar totalmente a limitabilidade patrimonial.

A mencionada proposição é causa de insegurança jurídica que seria impreterivelmente reparável na fase de produção da lei se o Executivo propusesse primorosamente seu veto e se o Legislativo o apreciasse de forma clara. Contudo, como a lei está em valia é necessária a intercessão do Judiciário com o objetivo de recompor a paz social, decidindo pela incompatibilidade lógica do §5º com o *caput* no artigo 28, aplicando apenas o preceito principal, ao menos até que o Legislativo providencie a revogação do erro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014a.

_____. **Mensagem n. 664 de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art28§1>. Acesso em: 13 fev. 2014b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014c.

_____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial n. 279273/SP.** Brasília, 04 de dezembro de 2003. Relator: Ari Pargendler. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 fev. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.** Coordenação Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Comercial.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DENARI, Zelmo; *et. al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOBARRO, Sérgio Leandro Carmo; MARCHERI, Pedro Lima. A importância da desconsideração da personalidade jurídica para o consumidor brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 14, p. 16559-16580, 2013.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004.

GUSMÃO, Mônica. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LINS, Daniela Storry. **Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e na lei antitruste**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MACIEL, Daniel Baggio. **Responsabilidade patrimonial do Estado pela Prestação Jurisdicional**. Birigui: Boreal, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.