

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Dos princípios constitucionais e da limitação do Poder regulamentar na área bancária — Arnaldo Wald 5
- A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 10
- Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira ? — Nelson Eizirik 25
- O contrato de venda internacional de mercadorias — Eduardo Grebler 34
- A “res speratae” e o “Shopping Center” — Antonio Cezar Lima da Fonseca 61
- Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Luciano Amaro 70

ATUALIDADES

- O “Forfaiting” (Aspectos Técnico-Jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao Comércio Internacional — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 81
- O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências — Dora Martins de Carvalho 88

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Rescisão contratual — Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 95

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 104

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

Advogado.

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil.

DORA MARTINS CARVALHO

Advogada, Professora Titular de Direito Comercial.

EDUARDO GREBLER

Professor Assistente da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial da USP.

LUCIANO AMARO

Professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito Mackenzie.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

DOCTRINA

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LUCIANO AMARO

I — O desvio de função da pessoa jurídica

A pessoa jurídica representa um instrumento legítimo para a consecução de interesses. Enquanto técnica de separação patrimonial, ela presta-se ao exercício regular de direitos, não se podendo falar, *a priori*, em abusividade, com base na só circunstância de que o patrimônio da pessoa jurídica é distinto e de que, ressalvadas algumas situações, o sócio não responde, com seus bens pessoais, pelas obrigações da empresa.¹

Na feliz expressão de Ripert, a pessoa jurídica é uma “máquina jurídica”,² vale dizer, uma instrumentação jurídico-formal utilizável para a consecução de fins aceitos e valorizados pela ordem jurídica.

Em certas situações, a constituição de uma pessoa jurídica representa uma *opção do empresário*, que poderia, em princípio, explorar individualmente determinado empreendimento industrial, comercial ou de prestação de serviços, mas opta por associar-se a outras pessoas e explorar a empresa através de um ente distinto, que é a sociedade personificada.

Noutras situações, há uma *necessidade técnica* na criação da pessoa jurídica. Grandes empreendimentos, que necessitam de elevados investimentos e da conjugação de recursos de inúmeras pessoas, seriam inviáveis se não fosse utilizada a técnica da separação patri-

monial através da criação de uma pessoa jurídica.

Há, ainda, situações em que a constituição da pessoa jurídica destina-se a cumprir *requisito legal*; trata-se das hipóteses em que a *lei* só autoriza o exercício de certas atividades às pessoas jurídicas (além de, geralmente, impor a forma de companhia, exigir capital mínimo, etc.).

A par da assinalada *conveniência* ou eventual *necessidade* da criação da pessoa jurídica, a *limitação da responsabilidade dos sócios* é instrumento que permite viabilizar empreendimentos para os quais concorrem vários sócios, com diferentes quinhões de capital, seria impensável obrigar-se cada sócio de uma pessoa jurídica, mesmo que pequena fosse sua participação, a responder ilimitadamente pelas obrigações sociais; nem seria justo, por outro lado, que todo o risco fosse assumido unicamente pelo sócio que detivesse maior quinhão no capital. Ademais, quem contrata com uma sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada sabe que a responsabilidade dos sócios ou acionistas limita-se ao capital subscrito. Daí exigirem-se, em certos negócios, garantias adicionais (p. ex., aval dos sócios ou administradores).

Ficção ou realidade (não vamos entrar nessa disputa doutrinária),³ a pessoa jurídica representa instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos,

de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando os sócios à responsabilidade em hipóteses restritas.

Deve, porém, ter-se presente que a pessoa jurídica é *instrumental*. Sua reconhecida autonomia não a transforma num ente abstrato e totalmente alheio às pessoas dos sócios. Basta verificar que, pertencendo aos sócios tanto o capital quanto os frutos do capital, o *patrimônio da pessoa jurídica* é, através da ação ou quota de capital, *expressão também do patrimônio dos sócios*. Do mesmo modo, a *vontade* da pessoa jurídica, não obstante emanada de seus órgãos de administração, é, em grande medida, o reflexo da vontade de seus sócios. Como anota Comparato, citando Hobbes, se a pessoa jurídica é o *ator*, o sócio é o *autor*.⁴ Com efeito, se a existência e o patrimônio da pessoa jurídica são distintos, em relação à existência e ao patrimônio dos sócios, o *controle* da vida e dos bens da pessoa jurídica está com os sócios.

Obviamente, dadas essas considerações, não se pode assimilar a pessoa jurídica a uma pessoa física, reconhecendo-se-lhe *status* idêntico ao desta, nem cabe dar a ambas o mesmo regime jurídico, ignorando-se as especificidades da pessoa jurídica.

Em resumo, não se contesta que a pessoa jurídica exerce uma função legítima, e não representa, em princípio, nenhum abuso, não obstante a limitação de responsabilidade que propicia. É preciso, contudo, *atentar* para a circunstância de que sua autonomia, em relação à pessoa dos sócios, é relativa, pois, *indiretamente*, seu patrimônio a eles pertence, e sua vontade é fortemente direcionada também pela vontade deles.

Quando se fala no *desvio de função* da pessoa jurídica, tem-se em mira que, em certas situações, o reconhecimento

da autonomia da pessoa jurídica poderia levar à negação de ideais de justiça ou mesmo à frustração de valores jurídicos. Haveria, nessas hipóteses, uma incompatibilidade entre o *comportamento da pessoa jurídica* e os *valores que informam a ordem jurídica*, embora os resultados atingidos pudessem apresentar-se como *legais* do ponto de vista da *norma escrita*.

Marçal Justen Filho invoca, a propósito, a construção de Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz acerca da *lacuna axiológica*, situação em que não há propriamente uma lacuna da lei, pois o direito dá a solução; o problema estaria em que a solução dada fere valores.⁵

A questão que se coloca é, portanto, a de buscar soluções que, sem destruir o instrumento legítimo representado pela pessoa jurídica, possam evitar que esta seja utilizada para fins abusivos.

II — Mecanismos legais de correção dos desvios de função da pessoa jurídica

Se é o direito que reconhece a *autonomia da pessoa jurídica*, em relação aos titulares do capital desta, e afirma a *limitação da responsabilidade dos sócios* ao valor do capital que subscreveram, o próprio direito pode cercear os possíveis abusos de sua criatura, restringindo aquela autonomia, ou, em especial, restringindo a referida limitação de responsabilidade. Quem dá a função, pode limitá-la, restringi-la, excepcioná-la, condicioná-la; enfim, regular o seu exercício.

O nosso direito positivo oferece inúmeros exemplos de situações em que, para prevenir certos possíveis abusos através da pessoa jurídica, a *própria norma legal impõe determinadas conseqüências que não são aquelas que normalmente decorreriam do reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica*

e da limitação de responsabilidade dos sócios.

Em tais hipóteses, geralmente para proteger o direito de terceiros, a lei, sem deixar de reconhecer a existência e a autonomia da pessoa jurídica, deixa expressa ora a *responsabilidade solidária*, ora a *responsabilidade subsidiária*, ora a *responsabilidade pessoal de terceiros*.

A *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)* disciplina hipótese de *responsabilidade solidária* das sociedades integrantes de um conglomerado econômico (art. 2.º, § 2.º). A CLT *excepciona a autonomia* que resulta da personificação das várias pessoas jurídicas integrantes do conglomerado e estabelece que, além da empregadora, também as demais sociedades são solidariamente responsáveis pelo débito trabalhista da empregadora. Obviamente, o objetivo da lei, no caso, é prevenir situações de possível abuso onde o trabalho pudesse ser utilizado como meio de produção das várias empresas e o ônus de pagar a remuneração respectiva fosse circunscrito a uma das empresas, exatamente aquela que, por ter patrimônio eventualmente inexpressivo, pudesse furtar-se ao efetivo cumprimento de suas obrigações. Atente-se, porém, para a circunstância de que a CLT *não exige a prova de fraude nem de abuso* para que outras empresas, que não a empregadora, respondam por débitos trabalhistas desta; basta que integrem o mesmo conglomerado para que todas sejam *solidariamente* obrigadas.

A *Lei das Sociedades Anônimas*, com o objetivo de evitar prejuízos para minoritários ou para terceiros, credores da companhia, contempla situações de *responsabilidade pessoal, subsidiária ou solidária de terceiros*, a fim de evitar abusos que pudessem ser praticados com a utilização da pessoa jurídica. Confirmam-se, por exemplo, as disposições sobre abuso do direito de voto e conflito de

interesses constantes dos arts. 115 a 117; veja-se, ainda, exemplo de responsabilidade solidária no art. 233, que protege o interesse de credores de sociedade cindida; exemplo de responsabilidade subsidiária (da controladora por obrigações da controlada) encontra-se no art. 242.

Quando a *lei do sistema financeiro* veda certas operações das instituições financeiras com seus administradores, cuida também de *estender* a vedação aos negócios com pessoas jurídicas de cujo capital aquelas pessoas participem, buscando, com isso, evitar que, através da interposição da pessoa jurídica, possa contornar-se a proibição (Lei 4.595/64, art. 34). Veja-se, também, o art. 17 da Lei 7.492/86.

No *direito tributário*, encontramos, igualmente, casos de responsabilidade de terceiros. O Código Tributário Nacional (CTN) prevê, no art. 135, situações em que, por abuso do representante legal da pessoa jurídica, ele é pessoalmente responsabilizado por obrigações tributárias que, formalmente, seriam da empresa. Exemplos de responsabilidade subsidiária são dados pelos arts. 133, II, e 134 (embora este, tratando de responsabilidade *subsidiária*, fale, equivocadamente, em responsabilidade *solidária*).

A legislação do Imposto de Renda (especialmente na redação original do art. 61 do Dec.-lei 1.598/77), ao cobrir negócios de favor da pessoa jurídica com seus sócios, cuidou de enquadrar as operações efetuadas em benefício de outra empresa, na qual o controlador da pessoa jurídica tenha interesse, imputando tais operações à pessoa do controlador.

Nas *obrigações convencionais* (principalmente obrigações de não fazer), também costumam as partes elastecer os compromissos assumidos no sentido de referi-los não apenas às pessoas contra-

tantes, mas também a pessoas jurídicas de que elas participem; p. ex., a obrigação do vendedor de um estabelecimento de não se estabelecer novamente no mesmo ramo.

Tais soluções, ditadas por lei ou estabelecidas pelas partes tendem, pois, a evitar que o uso da pessoa jurídica possa servir de instrumento para o desrespeito de interesses legítimos.

Nessas situações, não nos parece que se deva cogitar de aplicar-se a *doutrina da desconsideração da pessoa jurídica*, de que adiante falaremos, pois não há nenhuma *forma jurídica* que deva ser *desprezada* pelo Juiz. Se a solução equânime, justa, axiologicamente adequada corresponde ao ditame do preceito legal (ou à convenção das partes), não há lacuna jurídica, nem lacuna axiológica, pois o próprio direito fornece já um meio legal que previne o abuso ou a fraude.

Portanto, quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso *desconsiderar a empresa*, para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo *considerada a pessoa jurídica*, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal. O mesmo se diga se a extensão de responsabilidade é contratual.

De igual modo, quando se põe a questão da responsabilidade do acionista controlador, por abuso de poder (Lei 6.404/76, art. 117), não se deve cogitar de nenhuma desconsideração da pessoa jurídica; o problema é de *responsabilidade civil* do acionista que, agindo ilicitamente responde pelos danos que causar.

Não obstante, há autores que rotulam os exemplos acima comentados como hipóteses de desconsideração da

pessoa jurídica.⁶ João Casillo, embora reconheça que, em geral, as hipóteses *legais* de responsabilidade dos sócios ou administradores não se confundem com a desconsideração da personalidade jurídica, afirma que, na situação do art. 2.º, § 2.º, da CLT, a teoria da desconsideração “encaixa-se como a mão à luva”.⁷ O próprio Código de Defesa do Consumidor, ao prever situações de responsabilidade solidária ou subsidiária, põe-nas em parágrafos do artigo destinado à disciplina da desconsideração da pessoa jurídica (art. 28, §§ 2.º e 3.º).

III — Desconsideração da pessoa jurídica

A desconsideração da pessoa jurídica é uma *técnica casuística* (e, portanto, de *construção pretoriana*) de solução de *desvios de junção da pessoa jurídica*, quando o Juiz se vê diante de situações em que prestigiar a autonomia e a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica implicaria sacrificar um interesse que ele reputa legítimo. São, portanto, situações para as quais a lei não contemplaria uma solução justa, ou melhor, seria *injusta* a solução decorrente da aplicação do preceito legal expresso.

Sintomaticamente, essa solução jurisprudencial desenvolveu-se em países de direito não escrito (Estados Unidos e Inglaterra), em que os Juizes, não encontrando uma solução *legal* (ou por considerarem injusta a solução legal), procuraram construir uma solução *jurídica*, baseada na *equidade*, para reprimir o *abuso* e a *fraude* que pudessem ser perpetrados com a utilização artificialiosa (embora formalmente *legal*) de uma pessoa jurídica.

Com a desconsideração da pessoa jurídica, o Juiz *ignora*, no caso concreto, a existência da pessoa jurídica, e decide

como se ela não existisse. A personificação é afastada e, com ela, a separação patrimonial, fazendo com que os atos ou os patrimônios da pessoa jurídica e do sócio se confundam. O ato da pessoa jurídica é *imputado ao sócio*, que responde, dessa forma, pela conduta da pessoa jurídica, como se esta não existisse.

A evolução da doutrina da *desconsideração*, do *levantamento do véu* ou da *penetração* da pessoa jurídica (“disregard of legal entity”, “lifting the corporate veil”, “Durchgriff”), é bastante conhecida, inclusive no Brasil, a partir da exposição pioneira de Rubens Requião,⁸ e do alentado estudo de Larmartine Correa,⁹ além de outros trabalhos mais recentes, vários deles citados neste estudo.

A grande dificuldade que os comentaristas geralmente sublinham está em construir *um modelo teórico que possa enfeixar, numa formulação abrangente, as várias situações em que esta técnica possa ou deva ser aplicada*. Essa dificuldade é particularmente séria nos países de direito escrito, e ela “deriva — segundo registra Condorcet Rezende — da falta de uma teoria que integre o conceito no sistema jurídico; nesses países os tribunais, em princípio, não podem abandonar o preceito legal para aplicar conceito ou princípio que lhes pareça melhor fazer justiça. A falta de tratamento sistemático da matéria faz com que sua aplicação cause certa perplexidade, de vez que a “desconsideração”, sendo conceito exclusivamente ligado ao funcionamento de uma pessoa jurídica (nada tendo a ver com a validade de sua constituição, sua estrutura ou a legalidade dos atos que praticou) deixa pouca margem para uma definição apriorística de casos nos quais deva ser aplicado. Esses sistemas dispõem de remédios análogos (tais como simulação, fraude, nulidade) que não levam à

“desconsideração” de personalidade societária mas que procuram produzir resultados que são semelhantes, embora não idênticos, aos obtidos através do uso da “desconsideração”.¹⁰

A *fraude* ou o *abuso* costumam ser citados para justificar a desconsideração. Mas Comparato mostra que esta pode também ser aplicada *a favor do sócio*, como, p. ex., no reconhecimento do direito de retomada de imóvel para uso “próprio” de pessoa jurídica sob controle do locador, hipótese em que descabe falar em fraude ou abuso.¹¹ João Casillo cita aresto do Tribunal Federal suíço, que considerou, para efeito da preservação do direito a certa marca, sua efetiva utilização por outra empresa, do mesmo conglomerado da sociedade titular da marca, que não a utilizara.¹²

Outra idéia mais ou menos intuitiva consiste em afirmar que o sócio não pode fazer, através da pessoa jurídica, aquilo que ele *não poderia fazer diretamente*. Mas isso nem sempre é verdade, pois há situações em que a lei só permite que pessoas *jurídicas* (côm tais ou quais características) exerçam certas atividades; obviamente, nessas hipóteses, a criação da pessoa jurídica é requisito legal para fazer justamente aquilo que o sócio diretamente não poderia fazer.

Associa-se também a desconsideração à existência de *controle societário*, na medida em que a vontade da empresa é identificável à vontade do seu controlador, que pode, dessa forma, utilizá-la abusivamente. Porém, entendemos que isso não pode levar a que a *controlada* seja responsabilizada por obrigações do *controlador*; o limite de repercussão da responsabilidade do controlador no patrimônio da controlada é a cota-parte desse patrimônio pertencente ao controlador, *representada, porém, pelos títulos ou direitos de par-*

ticipação societária (ações ou quotas) e não pelos bens que integrem o ativo da pessoa jurídica. Mas, para isso, não é necessário (*nem é possível*, a nosso ver) aplicar a doutrina da desconsideração.

Não obstante, a circunstância que chamou a atenção de Rubens Requião foi a de que a desconsideração seria o remédio para um antigo problema que sempre o preocupara, qual seja, o da impossibilidade de penhora das quotas do sócio de sociedade limitada.¹³ Parece-nos, contudo, que a solução desse problema está justamente em admitir-se a *penhora das quotas* (*providência para a qual nunca vimos impedimento legal*), conforme, aliás, a tendência da Jurisprudência mais recente, e não em ignorar a existência da pessoa jurídica para penhorar diretamente os bens do patrimônio desta. Não houvesse outras razões, militar a favor da penhora das quotas o fato de que, com essa medida, a interferência na vida da empresa é bem menos ruínosa do que a penhora direta dos seus ativos.

A questão que fica, porém, é mais larga: será possível, no nosso sistema de direito escrito, ignorar a existência e a autonomia, legalmente reconhecidas, da pessoa jurídica, sem amparo no direito posto?

Já vimos que, em inúmeras situações, o nosso Direito excepciona a autonomia existencial e patrimonial da pessoa jurídica (ou melhor, excepciona a limitação de responsabilidade), precisamente para evitar o perecimento de direitos.

Também já assinalamos que, em nossa opinião, *não há, nesses casos, desconsideração da pessoa jurídica*. É o direito quem define as hipóteses de limitação de responsabilidade; se ele próprio excepciona essa limitação, em dadas situações, não se pode afirmar que ele esteja “ignorando” ou “desconsiderando” a pessoa jurídica que ele

mesmo criou. O exemplo mais evidente está nas formas societárias (como a sociedade em nome coletivo) em que os sócios respondem ilimitadamente. Ninguém dirá que, por isso, se esteja “desconsiderando” a existência ou a autonomia da pessoa jurídica.

Noutras situações, a lei atribui responsabilidade a determinada pessoa (p. ex., o controlador, o administrador) por certos atos ilícitos por ela praticados, com abuso de sua condição ou cargo. Também não há aí caso de desconsideração.

Em suma, quando o direito já fornece o remédio legal, não é preciso “superar” ou “penetrar” nenhuma forma jurídica. *Basta aplicar a solução legal*, que já se apresenta *axiologicamente correta*.

A discussão sobre a desconsideração da pessoa jurídica fica, portanto, restrita às hipóteses em que *não haja uma solução legislada específica para os eventuais desvios de função da pessoa jurídica*.

Entendemos que, no nosso sistema jurídico, a solução para esses desvios de função da pessoa jurídica deve ser buscada, de forma expressa ou implícita, no próprio ordenamento jurídico. Nos setores onde vige a reserva absoluta da lei (como no direito tributário), não há lugar para a desconsideração,¹⁴ nesses setores, a sanção (ou a solução) para eventuais desvios de função da pessoa jurídica deve estar expressa na lei. Mesmo, porém, nas áreas não sujeitas à estrita reserva legal, a solução para esses desvios deve buscar apoio, se não na letra expressa da lei, pelo menos nos princípios que a informam, dentro de uma visão teleológica. Um exemplo: o art. 156 da Lei das S/A estabelece que a compra, por companhia aberta, do controle de outra sociedade sujeita-se às prescrições postas nesse dispositivo; suponha-se que a

companhia, para fugir a esse comando legal, crie uma sociedade subsidiária que, com os recursos aportados pela investidora, adquira o controle da outra sociedade; essa seria uma hipótese em que caberia desconsiderar a subsidiária, para o efeito de submeter a operação de compra aos preceitos do citado artigo, sob pena de serem frustrados os fins visados pela lei.

IV — Desconsideração da personalidade jurídica no CDC

As disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre desconsideração da personalidade jurídica constam do art. 28 e §§ 2.º a 5.º (pois o § 1.º 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.

§ 1.º — (Vetado).

§ 2.º — As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3.º — As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4.º — As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

A desconsideração da pessoa jurídica é objeto do *caput* e do § 5.º do

dispositivo transcrito. Quanto aos §§ 2.º a 4.º, a matéria é de *responsabilidade subsidiária* ou *solidária* que a própria lei já determina, não sendo necessário que o Juiz *desconsidere* a empresa para poder fazer atuar aquela responsabilidade.

Desconsideração da pessoa jurídica

O CDC, a rigor, põe três enunciados, onde admite a desconsideração da pessoa jurídica:

a) o primeiro reporta-se às hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social (art. 28, *caput*, 1.ª parte);

b) o segundo abrange as hipóteses de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração (art. 28, *caput*, 2.ª parte);

c) o terceiro reporta-se a qualquer hipótese em que a personalidade da pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 28, § 5.º).

Os enunciados contidos no *caput* são aditivamente arrolados: além das hipóteses referidas na primeira parte do dispositivo, diz a lei que *também* ensejarão que se desconsidere a pessoa jurídica as hipóteses que a segunda parte do texto enumera.

Na 1.ª parte, a *lesão dos interesses do consumidor* é elemento integrante da hipótese; requer-se que a prática abusiva ou ilícita seja “em detrimento do consumidor” para que caiba a desconsideração.

Ademais, a desconsideração há de supor a incapacidade da pessoa jurídica para reparar o dano. Se se trata de empresa com capacidade financeira para ressarcir o consumidor, não há razão para aplicar o tratamento (excep-

cional, e, portanto, de uso parcimonioso) da desconsideração da pessoa jurídica.

Já a segunda parte do *caput* coloca um elemento não especificamente ligado aos interesses do consumidor: a “má administração” da pessoa jurídica. Ora, a “má administração” não se há de confundir com as práticas abusivas citadas no período inicial do dispositivo; traduz ela atos de *gerência incompetente* que, antes de tudo, são danosos para a própria pessoa jurídica e que podem ensejar, portanto, responsabilidade do administrador perante a própria empresa. Por desfalcamento patrimonialmente a sociedade, a má administração atinge, indiretamente, o consumidor. Porém, ninguém irá administrar mal uma empresa com o objetivo de fraudar direitos do consumidor.

Não se objete que a razão de desconsiderar-se a pessoa jurídica seja o só fato de sua insolvência. Pois, se assim fosse, também a insolvência (ou o encerramento de atividades, etc.) de empresa *bem administrada* teria que dar lugar à desconsideração. E o dispositivo legal, *a contrario sensu*, diz exatamente o contrário.

Realmente, não faz sentido que o encerramento de empresa próspera não enseje a desconsideração (mesmo que sua prosperidade tenha sido construída mercê de produtos viciados ou defeituosos) e o encerramento de empresa que, por má administração, não logrou sobreviver seja sancionado com a desconsideração.

Em suma, parece-nos mal posta a hipótese legal, já pela falta de nexo entre a *qualidade de sua administração* e os eventuais *prejuízos* do consumidor, já pela falta de isonomia entre o tratamento dado ao consumidor da empresa encerrada por má administração, e o conferido ao consumidor que tenha tido a infelicidade de ser cliente de

uma empresa bem administrada que encerrou suas atividades.

Não é por aí que se deve buscar a proteção do consumidor, que seria talvez melhor servido se o dispositivo não contivesse o adendo em exame.

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

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

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

Zelmo Denari sustentou que o indigitado parágrafo teria sido *vetado*, e, por erro, o § 1.º é que apareceu com veto no *Diário Oficial*; disse, ainda, que não seria possível vetar este parágrafo (o 1.º), que é essencial para aplicação do artigo.¹⁵

Fábio Ulhoa Coelho já aplaude o veto do § 1.º, por diversas *razões*,¹⁶ mas censura o preceito contido no § 5.º, concedendo apenas que ele seja

aplicado em matéria de sanções de caráter *não pecuniário* (proibição de fabricação, suspensão temporária de atividade, etc.).¹⁷ O problema está em que a literalidade do texto diz o contrário: se se cuida de *obstáculo ao ressarcimento de prejuízo do consumidor*, a desconsideração que o parágrafo pretendeu ditar seria no sentido de *remover esse obstáculo* e, portanto, *ressarcir o prejuízo* do consumidor.

Rachel Sztajn pondera: “Se o art. 28 tivesse por *caput* o § 5.º além dos §§ 2.º e 3.º, o consumidor estaria tutelado em face da separação patrimonial *usada de forma iníqua ou inadequada*”.¹⁸ Ou seja, essa autora condiciona a aplicação do § 5.º aos pressupostos da doutrina da desconsideração, que não caberia *sempre* (como diz o texto), mas *somente quando* houvesse utilização *iníqua* ou *inadequada* da pessoa jurídica. Nessa visão, o texto do parágrafo deveria encimar o artigo.

Como se verifica, as reações que o parágrafo desperta na doutrina são extremamente variadas, indo desde o banimento (de que teria sido salvo por *aberratio ictus* da caneta presidencial) até a colocação no primeiro lugar do *podium* da desconsideração no CDC.

Parece-nos óbvio que o § 5.º não pode ser interpretado com amplitude tal que torne letra morta o *caput*, o que, aliás, feriria os pressupostos teóricos da desconsideração, como já assinalou Fábio Ulhoa Coelho.¹⁹ No embate entre o parágrafo e o *caput*, se um tiver que ceder, será o parágrafo e não o *caput*. Na tentativa de conciliarmos os preceitos, há de entender-se o § 5.º como uma abertura do rol de hipóteses do *caput*, sem prejuízo, porém, dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou a consagrar.

Grupos societários

O § 2.º do art. 28 estatui a responsabilidade *subsidiária das sociedades integrantes de grupos societários*.

Esse dispositivo merece diversos reparos. O primeiro — já assinalado — consiste em que, a nosso ver, não se cuida aí de desconsideração da pessoa jurídica, mas da *responsabilização legal* de terceiro, em caráter *subsidiário*. Não há lacuna (nem *legal* nem *axiológica*) que enseje invocar-se a doutrina da desconsideração. Em face do *preceito legal*, se a pessoa jurídica “A” não tiver condição patrimonial de responder pelas obrigações oriundas das relações de consumo em que ocupe a posição de fornecedora, outras sociedades, “B” ou “C” (integrantes do grupo de sociedades a que “A” pertence), poderão ser chamadas, *subsidiariamente*, para responder por tais obrigações.

Outro aspecto é de ordem lógica: para que alguém responda *subsidiariamente*, é preciso que outrem seja o *devedor principal*, mas o Código não diz quem seja este. Tem-se que concluir que não são *todas as sociedades* integrantes de um grupo que respondem subsidiariamente; uma delas (a que for parte na relação de consumo) há de ser a *devedora principal*; as demais é que responderão *subsidiariamente*.

A constituição de grupo de sociedades opera-se através de convenção mediante a qual diversas sociedades (uma das quais deve, necessariamente, deter o controle das outras) se obrigam a conjugar recursos e esforços para a consecução de seus fins (art. 265 da Lei das S/A), podendo a convenção subordinar o interesse de uma das sociedades ao interesse de outra ou do grupo (art. 276 da mesma Lei).

É compreensível, portanto, que o CDC estabeleça, para assegurar o cum-

primento das obrigações de uma sociedade integrante do grupo, a responsabilidade subsidiária das demais sociedades, evitando-se que tais obrigações sejam concentradas na sociedade agrupada que tenha menos respaldo patrimonial.

Sociedades controladas

O mesmo § 2.º estabelece a responsabilidade subsidiária das *controladas* (subentende-se: *por obrigações da controladora*, pois o texto não é explícito).

Também aqui, pelas razões já apontadas, a hipótese não seria de desconconsideração.

O preceito, porém, parece-nos inaceitável. Com efeito, se a sociedade "X" controla "Y", e "X" não tem com responder por suas obrigações, de duas uma: ou a hipótese se enquadra no *caput* (e caberia a desconconsideração — *propriamente dita* — de "X"), ou não. Não se enquadrando, o legislador poderia talvez ter cogitado de responsabilizar subsidiariamente o *controlador* de "X", mas não a *controlada* desta.

Realmente, se alguém tiver que responder pela conduta de "X" será o seu controlador, pois é a vontade deste que orienta o *comportamento* de "X". A controlada "Y" não possui *nenhuma* ingerência nos negócios ou nas decisões de "X".

O nexó que existe entre a controladora "X" e a controlada "Y" é o quinhão de capital de "Y" que pertence a "X". Ora, as ações ou quotas representativas desse capital compõem o patrimônio de "X" (integrando seu ativo permanente na conta de investimento) e são somente essas ações ou quotas que podem dar lastro à pretensão dos credores de "X". O restante do capital de "Y", pertencente a terceiros (que podem deter até cerca de 83% do capital da sociedade, ou seja, a totalidade

das ações preferenciais mais 49% das ordinárias, sem controlar "Y") nada tem a ver com a conduta de "X".

Sociedades consorciadas e sociedades coligadas

As sociedades *consorciadas*, em regra geral, não são solidárias (Lei das S/A, art. 278, § 1.º). O CDC excepciona essa regra e expressamente impõe, em relação às obrigações dele decorrentes, a solidariedade das consorciadas.

Por seu turno, as sociedades coligadas só respondem por culpa. Nem poderia ser de outro modo, dado que o simples fato de uma empresa participar (com 10% ou mais) do capital de outra, sem controlá-la, não implica, obviamente, que possa uma ser responsabilizada por obrigação da outra.

NOTAS

1. Estas considerações são particularmente dirigidas às pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos, não obstante outras entidades (associações ou fundações) sejam também suscetíveis de abuso ou desvio de função.

2. Citado por Marçal Justen Filho, in *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, Ed. RT, S. Paulo, 1987, p. 96.

3. Fábio Ulhoa Coelho censura a doutrina nacional, que, a seu ver, não cuida adequadamente dessa questão (*Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Ed. RT, S. Paulo, 1989, p. 63).

4. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Ed. RT, S. Paulo, 1977, 2.ª ed., p. 269.

5. Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 54.

6. Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 102 e ss.

7. "Desconsideração da Pessoa Jurídica", in RT 528/35, out./1979, Ed. RT, S. Paulo, pp. 35/6.

8. "Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", in RT 410/12, S. Paulo, Ed. RT, 1969.

9. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, S. Paulo, 1979.
10. "Alguns aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária em Matéria Fiscal", in *ABDF-Resenha* 22/7, editada pela Associação Brasileira de Direito Financeiro, Rio de Janeiro.
11. Ob. cit., pp. 273/4.
12. Ob. cit., pp. 34/5.
13. Ob. cit., p. 12.
14. Essa é também a opinião de Henry Tilbery (*Imposto de Renda — Pessoas Jurídicas — Integração entre sociedades e sócios*, Atlas, S. Paulo, 1985, pp. 97/99), de Alberto Xavier (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, Resenha Tributária, S. Paulo, 1977, pp. 87/88) e Condorcet Rezende (ob. cit., p. 3).
15. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentários pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, pp. 132 e 133.
16. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, S. Paulo, 1991, pp. 143/4.
17. Ob. cit., p. 146.
18. "Desconsideração da Personalidade Jurídica", artigo na *Revista de Direito do Consumidor*, 2/74, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Ed. RT, S. Paulo, s/data, p. 74.
19. Ob. cit., p. 146.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

A		H	
Anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e falências — Artigo de Dora Martins de Carvalho	88	Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa — Artigo sobre: O “forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional)	81
Antonio Cezar Lima da Fonseca — Artigo sobre: A “res speratae” e o “shopping center”	61	— Comentários sobre: Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor .	95
Arnoldo Wald — Artigo sobre: Dos princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária	5	L	
Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira? — Artigo de Nelson Eizirik	25	Luciano Amaro — Artigo sobre: Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor .	70
C		Luiz Gastão Paes de Barros Leães — Artigo sobre: A validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas	10
Contrato de venda internacional de mercadorias (O) — Artigo de Eduardo Grebler	34	N	
D		Nelson Eizirik — Artigo sobre: Administração de cartão de crédito constitui atividade privativa de instituição financeira?	25
Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor — Artigo de Luciano Amaro .	70	P	
Dora Martins de Carvalho — Artigo sobre: O anteprojeto legislativo da Lei de Concordatas e Falências ...	88	Princípios constitucionais e da limitação do poder regulamentar na área bancária — Artigo de Arnoldo Wald	5
E		R	
Eduardo Grebler — Artigo sobre: Contrato de venda internacional de mercadorias (O)	34	“Res speratae” e o “shopping center” — Artigo de Antonio Cezar Lima da Fonseca	61
F		Rescisão contratual — Contrato de adesão e o Código de Defesa do Consumidor — Comentário de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	95
“Forfaiting” (Aspectos técnico-jurídicos de uma operação complexa de financiamento ao comércio internacional) — Artigo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	81	V	
		Validade da cláusula de correção cambial nas obrigações pecuniárias internas (A) — Artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães	10