

1 Introdução

Atualmente, falar em direito societário não prescinde da análise dos grupos econômicos ou de sociedades, como fenômenos sociais do capitalismo pós-moderno. Como bem observa Engrácia Antunes (2002), a empresa monossocietária deixou há muito de ser a principal forma de organização econômica da atualidade, passando os grupos de sociedade a ser a forma de organização prevalecente. Em suas palavras: “A empresa plurissocietária é, sem dúvida, a realidade mais evidente e difundida de exercício de atividade econômica no capitalismo contemporâneo” (GUERREIRO, 2005, p. 305).

Dessa forma, abordar o tema do direito dos grupos societários¹ parece de vital importância hodiernamente, ainda mais no que diz respeito à imputação de responsabilidade ao grupo por dívidas de suas controladas.

Regra geral, nosso direito se baseia na teoria da limitação da responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade e, da mesma forma, a responsabilidade pelas dívidas da controlada ou subsidiária não são transmissíveis para a controladora. Apenas em casos excepcionais se aceita a desconsideração da personalidade jurídica, técnica que hoje tem sido usada largamente em sede jurisprudencial, muitas vezes sem cumprir os requisitos necessários para sua utilização adequada (PERANDONES, 2012).

Viviane Muller Prado (2005) deixa claro que a Lei de Sociedades Anônimas não prevê qualquer mecanismo para a tutela dos credores das sociedades subsidiárias, sendo a desconsideração da personalidade jurídica a possibilidade mais utilizada de responsabilização nesse âmbito.

Dentro dessa perspectiva de análise, portanto, o estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, faz-se de suma importância para a determinação de suas consequências na falência de uma das controladas de um grupo de sociedades. As questões que esse artigo pretende suscitar são: até que ponto as sociedades de um grupo podem ser responsabilizadas por débitos umas das outras? E se puder, como que a regra prevista pelo art. 28 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor pode prejudicar eventuais credores ao modificar a ordem de recebimento dos credores na falência?

¹ O direito de grupos “ocupa-se da tarefa paradoxal de reger relações – concomitantemente – intra e intersocietárias. A hiperestrutura grupal é um desdobro dimensional das relações de coligação e de controle, que se estabelecem entre sócio e sociedade”. (WARDE JR., 2012, p. 117).

Na primeira parte do artigo, trataremos do direito de grupos no Brasil e sua estrutura e previsões de imputação. Na segunda parte iremos estudar a disciplina da personalidade jurídica de grupos societários e a possibilidade de desconsideração. Por fim, adentraremos mais especificamente a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, seus critérios informadores no Direito do Consumidor e como se aplicam seus dispositivos em sede de falência de grupos societários no Direito Brasileiro.

2 Grupos Societários

Antes de adentrarmos especificamente a análise da desconsideração da personalidade jurídica, devemos entender, brevemente, o funcionamento do direito de grupos no Brasil, introduzido pela Lei 6.404/1976 (Lei das S/A) em seu Capítulo XXI dos artigos 265 a 279.

2.1 Estrutura de grupos societários: grupo de direito e grupo de fato

Antes de estudarmos a notória divisão entre grupo de direito e grupo de fato, devemos diferenciar as três espécies existentes de concentração empresarial: os grupos econômicos, os grupos societários e as concentrações por relações contratuais (DINIZ, 2014).

Para Diniz (2014, p. 104), grupos econômicos são “arranjos entre organizações que coordenam atividades econômicas em cadeias verticais e horizontais”. Já os grupos de sociedade são arranjos de coordenação ou subordinação, identificados pelo controle e pela direção unitária, preponderando os interesses do grupo sobre os das sociedades participantes (DINIZ, 2014). Como se pode perceber pelas definições trazidas, o grupo econômico é mais abrangente que o grupo de sociedades, podendo dele participar outras formas de organização que não apenas a sociedade empresarial, mas, por exemplo, fundações privadas.

Por fim, as concentrações por relações contratuais como a *joint venture*, os contratos de distribuição e outros se tratam de “uma realidade econômica moldada por acordos verticais e cadeias contratuais determinantes de relações de colaboração” (DINIZ, 2014, p. 104).

O modelo de grupos societários brasileiro ao dividir aqueles em grupos de fato e de direito optou por assemelhar-se ao direito de grupos alemão², em que a base do modelo dual é

² Sobre o tema expressa Viviane Muller Prado (2005, p. 9): “Ressalto que a importação (do modelo alemão) foi apenas da forma contratual como instrumento para a configuração do grupo, mas não dos tipos contratuais, das regras de proteção de interesses atingidos com a dependência econômica, tais como a dos minoritários e credores. A disciplina brasileira é bem mais simples e deixa muito para a autonomia privado dos empresários.”

convencional, e se pressupõe a existência de uma sociedade controladora e uma convenção de grupo (GUERREIRO, 2005).

Por grupo de direito pode ser entendido “aquele formalmente constituído mediante acordo celebrado entre as sociedades participantes, denominado *convenção de grupo*” (VERÇOSA, 2008, p. 726).

O grupo de fato, por sua vez, baseia-se nas relações de controle³ entre as sociedades e são tratadas pelo direito como se fossem independentes uma da outra (PRADO, 2005). Sobre as diferenças entre os grupos de fato e de direito disserta Azevedo (2012, pp. 182-183)⁴:

Duas são as principais características atribuídas pela Lei de S/A aos grupos de direito, que os diferenciam dos grupos de fato: a *primeira* consiste no reconhecimento de que o grupo, em si, é titular de interesses autônomos, aos quais os interesses de cada uma das sociedades filiadas estão subordinados; a *segunda*, que é uma consequência da primeira, diz respeito à administração das sociedades filiadas, que deixa de ser autônoma, passando a estar subordinada às orientações gerais e instruções emanadas da administração central do grupo, desde que não importem violação de normas legais ou estatutárias.

No entanto, diversos doutrinadores apontam a falência da adoção do modelo de grupos de direito no Brasil. Viviane Muller Prado afirma, por exemplo, que em 2005 os grupos de direito eram praticamente inexistentes no país (cerca de 30 grupos cadastrados no Registro de Comércio), preponderando os grupos de fato (PRADO, 2005). Essa realidade permanece até hoje.

Dentre os motivos da não adoção dos grupos de direito estão: i. a oneração com o direito de recesso dos minoritários na formação do grupo, ii. o fato de tratar-se de um regime facultativo, iii. A insegurança na interpretação do regime jurídico da legislação brasileira de grupos convencionais, iv. A falta de flexibilidade das estruturas jurídicas (PRADO, 2005), v. os

³ Sobre as relações de controle nos grupos de fato disserta Viviane Muller Prado (2005, p.12): “Além dos grupos convencionais, foi reconhecido o poder de controle empresarial e previu-se expressamente a possibilidade de participação de sociedade no capital de outra e os conceitos de sociedades controladora e controlada. Apesar desta possibilidade de participação de uma pessoa no capital de inúmeras sociedades, direta ou indiretamente, o nosso sistema não permite propriamente uma direção econômica unificada, na medida em que exige a manutenção da autonomia jurídica da sociedade, que está expressa de forma bastante abrangente com a obrigação de controladores, acionistas e administradores de agirem sempre no interesse da companhia”.

⁴ Sobre esse tema disserta Tavares Guerreiro (2005, p. 317): “Assim, muito embora o grupo de sociedades, por força de lei, não seja dotado de personalidade jurídica, suas regras conduzem a uma situação jurídica que se afasta, por seu turno, da disciplina incidente genericamente nas sociedades em geral, não pertencentes a grupo, bem como do regime aplicável aos chamados grupos de fato, na base dos quais não existe convenção de grupo, nos termos do art. 265. Reconhece-se que a atividade empresarial é unitária (como está dito às claras nesse mesmo art. 265), bem como que existe, no grupo e nas relações de suas partes integrantes, uma determinação também unitária sobre todas as transações relevantes – ou, para usar de uma terminologia civilística, existe no grupo uma única vontade, um poder único de controle, subordinação e coordenação, já que existe um interesse único, a preponderar sobre o interesse individual das sociedades grupadas, consideradas isoladamente.”

custos com a estrutura administrativa do grupo, vi. Risco de descumprimento do objeto social das sociedades subordinadas (VERÇOSA, 2008), dentre outros⁵.

Dessa forma, o modelo dual da legislação de grupos brasileiro não representa a realidade econômica do país. As regras atinentes aos grupos convencionais não são aplicadas pela falta de grupos de direito para tutelar e a máxima do direito societário de tratamento independente das empresas para grupos de fato prejudica a integração econômica dessas sociedades, que são tratadas como unidades econômicas distintas (PRADO, 2005). Por esses motivos, Viviane Muller Prado (2005) afirma que nosso sistema legal de grupos equivale à inexistência de um sistema legal sobre o tema. E que os problemas atinentes a essa categoria jurídica se resolveriam em sede de poder de controle e na identificação da direção unitária do grupo.

Além do mais a mesma autora ainda demonstra a contradição dentro do nosso ordenamento jurídico ao considerar, pela Lei de Sociedades Anônimas, os grupos de fato como independentes economicamente para fins administrativos, mas considerar a unidade econômica do mesmo grupo, em outras leis, quando se tratar de desconsideração da personalidade jurídica.

2.2 Grupos societários e personalidade jurídica

A personalidade jurídica pode ser entendida como: “a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade” (REALE, 2002, p.232). Apenas às pessoas físicas e jurídicas são concedidas a personalidade jurídica e, portanto, a capacidade de ser sujeito de direitos e deveres.

A atribuição de personalidade jurídica aos agrupamentos de pessoas, como as sociedades, passou por uma larga evolução histórica, apresentando diversas correntes doutrinárias sobre a sua existência. Dentre essas teorias, temos a teoria da ficção de Savigny, a teoria organicista de Gierke, a teoria institucionalista de Hauriou, a teoria tecnicista de Hans Kelsen, entre outras.⁶

⁵ Para análise de mais custos representados pela adoção do modelo convencional de grupos ver: AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de direito e economia. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido. (Org.) **Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 177 – 193.

⁶ Para mais detalhes sobre essas teorias ver: CAMARGO, André Antunes de Soares de. A pessoa jurídica: um fenômeno social antigo, recorrente, multidisciplinar e global. In: VALLADÃO, Erasmo. **Direito Societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 281-298.

Atualmente fala-se em crise do conceito de pessoa jurídica, seja por questões teóricas e doutrinárias, seja por fins práticos com a alavancagem do uso da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais, inclusive no Brasil (COMPARATO, 2014).

A teoria mais aceita, atualmente, é a teoria da realidade técnico-jurídica (também chamada de teoria eclética) para que “a pessoa jurídica seria, então, uma unidade jurídica de fins próprios e autônomos, com capacidade de adquirir direitos e obrigações, formada por uma organização de pessoas ou bens, com personalidade jurídica atribuída por força de lei” (CAMARGO, 2009, p.293).

A personalidade jurídica, portanto, deve ser entendida como um direito obtido por aqueles que desenvolvem um tipo de atividade e não pode ser confundida com a autonomia do patrimônio em si ou com a limitação de responsabilidade. Sobre isso disserta Nunes (2010, p. 62):

O fato é que quando da personificação societária pode-se adquirir, dentre outros atributos, a autonomia patrimonial que, repita-se, é apenas um dos mecanismos para se alcançar eventualmente pretensões ilegítimas de fraude à lei. O problema, portanto, não passa, necessariamente, a pessoa jurídica, mas sim pela devida imputação de responsabilidades decorrentes de atos abusivos.

Desse modo, fica claro que apesar de se tratarem de institutos diferentes, para o presente estudo da desconsideração da personalidade jurídica deve-se ter como pressupostos a existência da personalidade jurídica das sociedades dos grupos, sua limitação de responsabilidade e a afetação de um patrimônio específico para o desenvolvimento da atividade empresarial.

O que deve ficar claro é que esse patrimônio destinado à atividade empresarial é o patrimônio que será responsável pelas dívidas contraídas pela sociedade e representará, assim, a garantia dos interesses dos credores da pessoa jurídica (DINIZ, 2014). Para Calixto Salomão Filho (2006), esse patrimônio permite a limitação do risco do empresário, assim como garante os credores pelas dívidas da atividade empresarial, assegurando que os credores particulares do empresário não concorrerão com os credores da sociedade empresária.

Desse modo, com o mau uso da personalidade jurídica abre-se a possibilidade de desconsideração dessa personalidade como uma sanção por esse uso indevido. Em sede de grupos de sociedades, a imputação de responsabilidade para outros membros do grupo se dá em função do poder de controle, da capacidade de decisão sobre o ato ensejador do abuso da personalidade jurídica (COMPARATO, 2014). Para Diniz (2014, p.156):

(...) vê-se a possibilidade (no direito brasileiro) na responsabilização da sociedade controladora por abuso da sociedade controlada, baseando-se nas regras de proteção

do capital social e na responsabilidade do acionista ou do administrador de acordo com a medida de acesso à estrutura do poder de decisão.

Nos casos de coordenação, a imputação de responsabilidade, a princípio, não seria razoável por não haver influência decisiva no ato que gerou a possibilidade de desconsideração. Nas palavras de Diniz (2014, p.156):

Em regra, é irrazoável alterar o centro de imputação de responsabilidade a outras sociedades controladas do grupo, com atividades diversas da sociedade geradora da superação da personalidade jurídica. Cada unidade responde isoladamente pelos riscos gerados e a aplicação da regra da desconsideração não se dá horizontalmente – entre as sociedades controladas – mas sim, verticalmente, para atribuição de responsabilidade ao controlador em estruturas de subordinação.

Apenas em casos em que haja um efetivo poder decisório ou influencia decisória é que se pode cogitar da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para adentrar o patrimônio de outra sociedade de um mesmo grupo societário, desde que haja a subcapitalização, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade de uma das sociedades.

Nesse sentido, “pode-se inferir que a modificação do centro de imputação de responsabilidade, feita através da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, tem íntima relação com a estrutura de poder da sociedade. Não há domínio sem responsabilidade: *keine herrschaft ohne haftung*” (DINIZ, 2014, p.153).

3 Desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é prevista em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Em sede de Direito do Trabalho encontra previsão no art. 2º, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas⁷, sendo o caso de desconsideração da personalidade jurídica de sociedades integrantes de grupos societários (MARGONI, 2011).

Em sede de proteção ao meio ambiente tem-se a art. 4º da Lei 9.605/98⁸. Para fins tributários temos o art. 135 do CTN⁹⁻¹⁰. Tem-se ainda o art. 50 do Código Civil¹¹ e o art. 28¹²

⁷ Art.2º, §2º: Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (BRASIL, 1943).

⁸ Art. 4º: Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1998).

⁹ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 1966).

do Código de Defesa do Consumidor que será o objeto de análise no próximo item deste estudo.

A primeira teoria sobre a desconsideração da personalidade jurídica é desenvolvida na metade dos anos 50 por Rolf Serick. Para Calixto Salomão (2006, p. 210), em sua obra Serick “define a desconsideração como um conceito técnico específico, contraposto e excepcional com relação ao princípio da separação patrimonial”. Serick adota a chamada teoria unitarista, em que vê a personalidade jurídica como regra e a desconsideração como exceção. A aceitação dessa teoria pode levar a duas consequências distintas: admissão da desconsideração para imputação de responsabilidade para sujeito diferente do previsto inicialmente e admissão da sua excepcionalidade, sendo possível sua aplicação apenas em caso de insolvência (SALOMÃO FILHO, 2006). Nas palavras de Calixto Salomão Filho (2006, p. 213):

Levar a teoria unitarista a suas últimas consequências implicaria admitir a desconsideração apenas em caso de falência da sociedade, na hipótese em que, mesmo depois de levantados os bens, ainda assim o patrimônio não fosse suficiente ao pagamento das dívidas.

Em contraposição à teoria formulada por Serick temos a teoria de Müller-Freienfels, chamada de teoria dos centros de imputação. Para a sua teoria não se pode falar que a personalidade é unitária, mas sim que para cada situação concreta deve-se analisar os objetivos do legislador com a separação patrimonial e aí sim determinar a sua desconsideração ou não. A desconsideração deixa de ser apenas uma sanção a comportamentos fraudulentos, mas passa a ser uma técnica de aplicação das leis (SALOMÃO FILHO, 2006). Diniz (2010, p.73) sintetiza os pontos principais de análise dessa teoria:

¹⁰ Para Margoni (2011, p. 137): “Neste caso, (art. 135 do CTN) não se trata de previsão de desconsideração, mas sim de regra de imputação de responsabilidade civil a administradores.”

¹¹ 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, 2002).

¹² 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.

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (BRASIL, 1990).

(a) Não se restringe a pessoa jurídica como conceito unitário de um sujeito de direitos, relativizando-se tal concepção por se tratar de uma conexão de tipos e normas, que atribuem qualidades à pessoa jurídica. No conflito de normas, prevalece a de tutela do interesse público em detrimento daquela de separação de pessoas natural e jurídica; (b) Cada qualidade pode estabelecer peculiares imputações, dependendo da medida de valor dos elementos da organização; (c) A mencionada relativização é feita por meio da compreensão de que as pessoas jurídicas são centros de imputação, que podem ser modificados se houver violação do escopo de cada regra.

Na doutrina pátria, o tema foi introduzido por Rubens Requião, em célebre texto de 1969, em que ele apresenta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como unitária, com a finalidade de evitar fraudes e abuso do direito. Após o texto de Requião, temos as considerações de Fábio Konder Comparato (2014) sobre a desconsideração sob o ponto de vista do poder de controle societário, em que propugna pela aplicação da teoria até mesmo em situações em que não haja necessariamente fraude, mas indique uma atuação do controlador. A análise de Calixto Salomão Filho (2006) e Lamartine Corrêa (1979) também são muito importantes para o desenvolvimento do tema no Brasil.

No entanto, os tribunais brasileiros aplicam a teoria sem determinar critérios fixos para essa aplicação, o que acaba ensejando seu uso indiscriminado e para diversas situações que, muitas vezes, poderiam ter outra solução prevista no sistema (NUNES, 2009). Sobre o uso abusivo da teoria, Diniz (2014, p. 153) expressa:

Percebe-se que a personalidade jurídica é direito conferido aos que procuram instrumento adequado para implementação de específica atividade e a má utilização, geradora de abuso, é penalizada com a aplicação do art. 50 do CC para a desconsideração da personalidade jurídica. A tormentosa questão é que, hoje, esse e outros dispositivos vêm sendo alastrado assintomaticamente em epidemia, desequilibrando as estruturas societárias e desestimulando investimentos.

Apesar da falta de critérios mais bem determinados no uso da teoria no Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é de vital importância para coibir abusos no uso da personalidade jurídica, muitas vezes, para prejudicar credores (SZTAJN, 1999). O uso da *disregard doctrine* afeta a “separação patrimonial no plano da eficácia e não da sociedade no plano da existência” (SZTAJN, 1999, p. 95).

Essa ineficácia trazida pela desconsideração fica vinculada às hipóteses de fraude ou abuso da personalidade jurídica, além da possibilidade de insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para arcar com suas dívidas (NUNES, 2009). Apenas a impossibilidade de pagamento não autoriza a desconsideração, para que ela se dê é mister que se agregue a fraude ou abuso porque, nas palavras de Nunes (2009, p. 68) “[a] explicação é simples: a teoria em debate não pune o inadimplemento de uma obrigação, mas sim o mau uso da pessoa jurídica”.

Desse modo, em resumo, há três possibilidades, descritas pelos doutrinadores, como autorizadoras da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: subcapitalização da sociedade, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

3.1 Desconsideração da personalidade jurídica de grupos societários em matéria consumerista em sede falimentar

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede de falência de grupos societários tem sido hoje a solução encontrada para a responsabilização da controladora nos casos de decisões influentes que gerariam o abuso ou fraude necessários para a sua aplicação. No entanto, a Lei 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas) não prevê em seu bojo a possibilidade de responsabilização de que estamos tratando. Essa possibilidade é uma criação jurisprudencial dos Estados Unidos e da Inglaterra que foi sintetizada pela doutrina alemã e que vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros.

3.1.1 Critérios de aplicação da desconsideração pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, conjuntamente com seus incisos, prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, excesso de poder e infração da lei ou estatuto ou ainda em sede de falência provocada por má administração, em todos os casos desde que haja prejuízo para o consumidor. *In verbis*:

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).

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (BRASIL, 1990).

O que se pode notar é que a previsão do art. 28 do CDC apresenta um rol de situações diferentes, nem todas apoiadas na fraude ou abuso de direito, para a desconsideração da personalidade jurídica, tendo como requisito básico a necessidade de prejuízos aos consumidores.

O *caput* do artigo prevê duas situações distintas: na primeira em que não há falência nem estado de insolvência, há a possibilidade de desconsideração pelos seguintes motivos: a. abuso de direito, b. excesso de poder, c. infração da lei, d. fato ou ato ilícito, e. violação dos estatutos ou contrato social. Na segunda em que há falência ou estado de insolvência, haverá possibilidade de aplicação da *disregard doctrine*, desde que haja a má administração. Esse dispositivo mereceu a crítica de Rachel Sztajn (1999, p. 96):

(...) a lei (Lei 8.078/90) desconsidera personalidade jurídica da falência *tout court*, criando uma preferência creditória que pode por em risco direitos dos empregados e do Fisco, sem questionar se a falência é resultado de má administração, administração temerária, ou decorre de azares da economia.

O que se percebe é que as hipóteses apresentadas pelo artigo são muito vastas e em configuração não restritiva, o que difere essa previsão do art. 50 do CC e que pode, ainda, causar mais problemas na sua aplicação jurisprudencial.

O parágrafo segundo traz em seu bojo o que discutimos em item anterior, ou seja, a possibilidade de responsabilização da controladora pelos atos da controlada que tiverem poder de controle sobre as decisões que ocasionaram a possibilidade da desconsideração. Como também já foi dito não se espera responsabilizar em âmbito horizontal as demais sociedades do grupo que não tiveram a influência decisória no ato.

No entanto, o artigo dispõe sobre responsabilidade subsidiária das sociedades controladoras ou integrantes de grupo societário. Para Nunes (2010, p.64) trata-se de um erro terminológico, pois não pode dizer que em sede de desconsideração haja responsabilidade subsidiária dos sócios, em suas palavras:

Tal confusão terminológica pode advir da percepção equivocada do caráter subsidiário da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta teoria é subsidiária em relação aos inúmeros outros institutos que dão respostas aos problemas de imputação de responsabilidade aos sócios e administradores, não significando que, diante dos pressupostos de incidência da superação da personalidade, haja espaço para a responsabilidade subsidiária do sócio por ato ilícito por ele praticado sob o manto da pessoa jurídica.

Tanto o parágrafo segundo, quanto o terceiro e o quarto do art. 28 do CDC podem ser lidos também não como uma regra a respeito da desconsideração da personalidade jurídica de *per si*, mas como uma regra de imputação de responsabilidade por débitos relacionados aos direitos do consumidor que, no caso de grupos econômicos será subsidiária à da sociedade, no caso de consórcios, solidária e no caso de sociedade coligadas, desde que haja a demonstração de culpa.

Em uma breve pesquisa jurisprudencial¹³ foi encontrado apenas um julgado, aplicando o art. 28, §3º, do CDC, sendo que nesse mesmo julgado não houve nenhuma menção à desconsideração da personalidade jurídica, apenas entendeu que a CONORTE e SOPAL, sociedades integrantes de um consórcio seriam solidariamente responsáveis pelo dano material causado por um de seus funcionários em um acidente automobilístico. Isso demonstra claramente que esse dispositivo não se trata da aplicação da *disregard doctrine* (BRASIL, 2014).

Quanto ao artigo 28, §4º não se encontrou nenhum julgado o que parece demonstrar que se trata de um artigo de nenhuma relevância casuística e que, no mais, pode confundir a aplicação da teoria de grupos já consolidada na doutrina, em que não se perquire a culpa, mas a participação na formação da decisão do ato ensejador da desconsideração da personalidade jurídica.

Outro parágrafo digno de nota é o parágrafo quinto do art. 28 do CDC que, devido às divergências no tratamento da desconsideração da personalidade jurídica, é posto por parte da doutrina como inconstitucional (NUNES, 2010).¹⁴

Sobre esse assunto disserta Nunes (2010, p. 83):

Nestas áreas (direito do consumidor), vem se exigindo somente a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica devedora e um certo sentido de justiça social decorrente de uma das visões sobre a teoria em debate para disparar a incidência do parágrafo quinto (e do próprio caput) do art. 28 da Lei 8.078/90.

O parágrafo quinto prevê que em qualquer caso em que haja dificuldade de ressarcimento dos consumidores poderá haver a aplicação desse inciso e a consequente desconsideração da personalidade jurídica. Fica evidente pela redação do artigo que ele amplia demasiadamente a possibilidade de aplicação desse instituto e deixa aos juízes a

¹³ A pesquisa jurisprudencial foi feita no site JusBrasil abrangendo todos os tribunais do país, excetuando os trabalhistas. Foi utilizado como palavra-chave o termo “Art 28, §3º, do CDC”. A mesma base de dados foi usada para a pesquisa sob o termo “art.28, §4º, CDC”.

¹⁴ Nesse mesmo sentido ver: ZANITELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: Martins-Costa, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo, RT, 2002.

discricionariedade quanto ao seu uso o que ocasiona uma insegurança jurídica quanto aos critérios para a sua utilização ou não.

O que fica evidente da análise do artigo 28 é que ele apresenta diversos problemas técnicos que dificultam a sua aplicação em algumas situações e ampliam seu leque de possibilidades em outras. Apesar de trazer interessante dispositivo sobre a responsabilização dos grupos de sociedades, o parágrafo segundo do art. 28 deve ser lido com cautela para que se possa integrá-lo com o que a doutrina e a jurisprudência atual já consolidaram em matéria de grupos societários.

Nessa monta, entra a leitura do art. 28, §4º sobre a responsabilidade das sociedades coligadas e o uso do termo “culpa”. Além do mais, o termo subsidiário descrito no dispositivo deve também ser lido com cautela. O parágrafo quinto, mais noticiado pela doutrina, representa uma ampliação descabida do uso do instituto e parece claramente eivado de inconstitucionalidade. Entretanto, Nunes apresenta outra solução para a interpretação desse dispositivo, afirmando que deve ser lido em conjunção com o *caput* do art. 28 do CDC, devendo cumular com o requisito da dificuldade de ressarcimento dos consumidores as hipóteses subjetivas de abuso e fraude já elencadas (NUNES, 2010).

3.1.2 Art. 28 do CDC, grupos de sociedade e falência: aplicação pelos tribunais brasileiros

Ao tratarmos do art. 28, § 5º deixamos clara a noção da doutrina a respeito de sua inconstitucionalidade. No entanto, os tribunais brasileiros, principalmente com o julgado do STJ sobre o acidente no Shopping de Osasco propugnou pela aplicação desse dispositivo sem cumulação com os requisitos do *caput*. Diversos julgados o seguiram afirmando que a teoria da desconsideração prevista no Código de Defesa do consumidor é a teoria menor que dispensa os requisitos subjetivos de fraude e abuso. Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento nº 70064528912 de relatoria da Drª Ângela Teresinha de Oliveira Brito:

Assim, tendo em vista que o consumidor/exequente se viu frustrado na busca pelo recebimento do numerário reconhecido em sede de indenização, vejo possível a incidência da *disregard doctrine*, embasada no artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, a qual, como antes referido, prescinde de comprovação da intenção do abuso (BRASIL, 2015).¹⁵

¹⁵ Outro julgado:

Na sua aplicabilidade a grupos econômicos, a jurisprudência admite em larga medida que no processo de falência de uma das empresas do grupo de sociedades a sociedade controladora possa responder por débito consumeristas de suas controladas. Nesse sentido:

Inobstante a empresa PDG Poder de Garantir Realty S/A não tenha participado diretamente do negócio jurídico em comento, faz parte do mesmo grupo econômico, respondendo perante o consumidor nos termos do artigo 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, a sociedade de propósito específico criada para a construção de único empreendimento acaba por servir apenas como instrumento para as empresas controladoras exercerem suas atividades, já que não cumpre um objeto social próprio. Assim, em caso de inadimplemento por parte da sociedade controlada, o grupo controlador responde perante os terceiros prejudicados (BRASIL, 2015).

Sobre o processo de falência de grupos disserta Ana Perestrelo Oliveira (2012, p.634):

A finalidade da apensação dos processos só pode ser a garantia do princípio da igualdade de tratamento entre os credores, nos casos em que estes contrataram com uma sociedade individual, contando com a responsabilidade do respectivo património, mas a separação patrimonial das sociedades do grupo é meramente formal: o sistema, através do princípio da boa fé, determina, também nestas hipóteses, uma imputação das situações jurídicas ativas e passivas distinta da que formalmente resulta da personalidade jurídica autónoma das diversas sociedades do grupo e da consequente limitação das responsabilidades legalmente prescrita. Não se está, pois, a destruir, na fase de insolvência, as barreiras patrimoniais e financeiras entre as sociedades, mas sim a reconhecer que, em certos casos, elas não existiam previamente e a retirar daí consequências do ponto de vista da realização material dos interesses dos credores.

No entanto, apesar dessas barreiras não existirem do ponto de vista econômico, a possibilidade que o Código de Defesa do Consumidor dá de, na falência, desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades do grupo, buscando no controlador sua responsabilização, apenas para débitos consumeristas, cria uma possibilidade de credores quirografários, que o são, em sua maioria, os consumidores, de alterar a ordem de preferência da falência prejudicando o próprio Fisco e os credores trabalhistas que não detém a mesma possibilidade (SZTAJN, 1999).

O que parece evidente é a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre as consequências dessa possibilidade introduzida pelo art. 28 do CDC, matéria ainda pouco estudada e que apresenta em seus dispositivos principais diversas contradições e atecnias.

4 Conclusões

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**. Agravo de Instrumento nº 4007546-77.2013.8.12.0000, Terceira Câmara Cível, relator Desembargador Sideni Soncine Pimentel, 15/05/2014. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=418109&cdForo=0&v1Captcha=xskkv>> Acesso em 26 set. de 2016.

- a. O modelo do direito de grupos brasileiro é dual e comporta os grupos de direito e de fato.
- b. Apesar da estrutura dual, há poucos grupos de direito no Brasil, o que leva nossa análise da desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de fato.
- c. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica apresenta dois grandes expoentes doutrinários: de um lado, Serick e a teoria unitária da personalidade jurídica e de outro lado, a teoria de Müller-Freienfels sobre os centros de imputação.
- d. No direito de grupos, há a possibilidade, pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de responsabilizar a controladora com influência decisiva pelo ato de abuso ou fraude que ensejou a aplicação da teoria.
- e. No que diz respeito às controladas de um mesmo grupo, apenas poderá haver responsabilização se, de fato, houve influência dela na decisão sobre o ato ensejador do levantamento do véu da pessoa jurídica.
- f. A regra do art. 28 do CDC prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade que agir com excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto.
- g. O *caput* do mesmo artigo ainda prevê a possibilidade de desconsideração quando houver estado de falência ou insolvência decorrente de má administração.
- h. Esse artigo apresenta diversas hipóteses de aplicação da teoria e é tratado pela jurisprudência como teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica por não apresentar a necessidade de abuso ou fraude para aplicação da *disregard doctrine*.
- i. Os parágrafos segundo, terceiro e quarto do mesmo art. 28, por sua vez, apresentam a disposição acerca dos grupos econômicos e societários.
- j. O parágrafo segundo prevê a responsabilidade subsidiária da controladora pela atuação da controlada. Como Nunes deixou claro, não se trata de responsabilidade subsidiária, uma vez que a desconsideração não suporta esse tipo de diferenciação da responsabilidade.
- k. Os parágrafos terceiro e quarto não parecem se tratar da teoria da desconsideração, mas de uma forma de imputação de responsabilidade que no caso de consórcios será solidária e no caso de sociedades coligadas deverá haver a aferição de culpa.
- l. O parágrafo quinto alarga a aplicação do instituto ao prever a sua possibilidade para qualquer ocasião em que haja dificuldade de ressarcimento do consumidor.
- m. Parte da doutrina considera esse inciso inconstitucional.

n. A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da controlada de acordo com o art. 28 do CDC pode ocasionar prejuízo de credores como o fisco e os trabalhadores por interferir na preferência creditória na falência.

o. Por fim, resta concluir, nas palavras de Perandones (2012, p. 77):

(...) parece oportuno superar el recurso a la técnica del levantamiento del velo como única vía para determinar la responsabilidad en el grupo de sociedades. En ausencia de normativa específica, resulta más acertado que los criterios de los tribunales para la imputación de la responsabilidad a la matriz de un grupo se ajusten al examen del sujeto responsable y de la valoración de su comportamiento.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Luís André N. de Moura. O paradoxo da disciplina legal dos grupos de direito no Brasil sob uma perspectiva de direito e economia. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido. (Org.) **Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 177 – 193.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-Lei nº 5.452/1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 09 maio 2016.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 set. 2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

_____. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acesso em: 25 set. de 2016.

_____. **Lei de crimes ambientais**. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 26 set. de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Amazonas**. Apelação Cível nº 0213237-15.2012.8.04.0001, Terceira Câmara Cível, Relator Aristóteles Lima Thury, 30/03/2015. Disponível em: <<http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2485702&cdForo=0&vICaptcha=qwdmy>> Acesso em: 26 set. de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Agravo de Instrumento nº 70064528912, Décima Terceira Câmara Cível, Relatora Angela Terezinha de Oliveira Brito, 16/07/2015. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064528912%26num_processo%3D70064528912%26codEmenta%3D6379540+70064528912+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70064528912&comarca=Comarca%20de%20Esteio&dtJulg=16/07/2015&relator=Angela%20Terezinha%20de%20Oliveira%20Brito&aba=juris> Acesso em: 26 set. de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Recurso Cível nº 71004926622, Quarta Turma Recursal Cível, Relatora Glaucia Dipp Dreher, 17/10/2014. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71004926622%26num_processo%3D71004926622%26codEmenta%3D5998601+71004926622+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71004926622&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=17/10/2014&relator=Glaucia%20Dipp%20Dreher&aba=juris> Acesso em: 26 set. de 2016.

CAMARGO, André Antunes de Soares de. A pessoa jurídica: um fenômeno social antigo, recorrente, multidisciplinar e global. In: VALLADÃO, Erasmo. **Direito Societário contemporâneo I.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 281-298.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo. v.15. n.59. p. 89-120. jul./set. 2014.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos societários. In: CARDOSO, Jair Aparecido; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. (Org.) **Pessoa jurídica: hipóteses de consideração e desconsideração no Direito Brasileiro.** Ribeirão Preto: FUNCEP, 2014.

_____. Antinomias entre a desconsideração da personalidade jurídica e a falência. In: COSTA, Yvete Flávio da. **Questões atuais de direito e processo.** Franca: Unesp, 2010.

ENGRÁCIA ANTUNES, José. **Os grupos de sociedade** – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2.ed. Almedina: Portugal, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Das relações internas do grupo convencional de sociedades**. In: TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Org.) **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 303-321.

MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedade**. 2011. 210f. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NUNES, Simone Lahorgue; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. In: Valladão, Erasmo. **Direito Societário Contemporâneo I** (org.) São Paulo: Quartier Latin, 2009.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Grupos de Sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”**. Coimbra: Almedina, 2012.

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

PERANDONES, Pablo Girgado. El regimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido. (Org.) **Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 61-82.

PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da lei 6.404/1976. In: **Revista Direito GV**. v.1, n.2, pp. 05-28, jun./dez. 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da pessoa jurídica. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n.410, pp. 12-24, dez.1969.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: **Revista dos Tribunais**, v.762, ano 88, pp.81-97, abr. 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial: A Sociedade por ações, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações**. v. 3 São Paulo: Malheiros, 2008.

WARDE JR., Walfrido Jorge. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. In: ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido. (Org.) **Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.115 – 150.

ZANTELLI, Leandro Martins. Abuso da pessoa jurídica e desconsideração. In: Martins-Costa, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo, RT, 2002.