

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. “Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano - influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, in: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção & GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (org.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2008, pp. 1-56.

**Conceição de Maria Freire Leite.**

Advogada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (RJ). Especialista em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestranda em Direito pela Universidade Gama Filho.

O artigo trata da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da *Common Law* e sua influência no direito brasileiro. Nesse desiderato, o autor apresenta um estudo prévio da desconsideração e sua aplicação nas Cortes de Justiça inglesa e norte-americana, demonstrando as incompatibilidades, discrepâncias e incongruências da transposição aleatória da teoria da desconsideração para o Código de Defesa do Consumidor - art. 28 da Lei 8.078/90, sem se atentar para os institutos jurídicos já existentes no Código Civil e na legislação societária brasileira.

Na parte inicial, o autor apresenta uma visão geral dos fundamentos da desconsideração no sistema jurídico da *Common Law*, ressaltando o fato de que não se pode confundir a sociedade com a pessoa de seus membros, a fim de se evitarem abusos na aplicação do instituto, mormente se existir controle total da sociedade por apenas um sócio.

O sistema jurídico da *Common Law* surgiu na Inglaterra no século XI.

No direito dos países da *Common Law*, a desconsideração está assentada em três pilares: equidade, fraude e doutrina da *agency*.

A equidade tem regras próprias, independentes. Tem função acessória, subsidiária, complementar à *Common Law*, sendo aplicável quando houver lacunas ou imprevisões e também quando as regras da *Common Law* não forem justas.

A fraude abrange o erro, o dolo e a simulação, além da fraude propriamente dita, tendo, portanto, conceito mais amplo do que o sistema da *Civil Law*.

A *agency* é uma relação jurídica fiduciária, resultante da manifestação de uma pessoa tida como principal em face de outra denominada *agency*, para que a segunda atue no interesse da primeira aceitando, esta condição e sobre o controle daquela.

### **A desconsideração no Direito inglês**

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu na Inglaterra na segunda metade do século 19.

O primeiro caso em que se cogitou da desconsideração da personalidade jurídica, ocorreu, como dito, na Inglaterra no ano de 1897, no processo denominado Salomon v. Salomon & Co., que envolvia o comerciante Aaron Salomon. Este empresário possuía uma pequena fábrica de botas denominada A. Salomon & Co.

Ocorre que em determinado momento, Aaron Salomon resolveu, juntamente com seis pessoas de sua família, constituir uma companhia, sendo que os seus familiares-sócios ficaram com uma ação cada um, e ele, o Sr. Aaron, com o restante, transformando-se, portanto, como sócio majoritário.

Posteriormente, ele resolveu ceder seu fundo de comércio à sociedade que fundara, vendendo seu negócio à nova companhia por 38.782 libras esterlinas, sendo que a

sociedade emitiu títulos com garantia sobre os bens do ativo no valor de 10.000 libras esterlinas. Um ano depois da liquidação da fábrica de sapatos, o liquidante sustentou a ficção da pessoa jurídica criada por Aaron, com o fito de limitar sua responsabilidade em relação às dívidas contraídas pela sociedade, e que, portanto, agira com abuso de direito aos credores.

Salomon foi condenado em primeira instância (a decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelação, posteriormente, com entendimento contrário ao do magistrado prolator da sentença de condenação), mas foi absolvido pela Câmara dos Lordes. A referida decisão absolutória teve como fundamento a constituição válida da Salomon & Co., uma vez que Aaron observou a exigência legal de sete acionistas, bem assim a subscrição de pelo menos uma ação, além do que as atividades comerciais da pessoa física eram distintas da pessoa jurídica, sociedade.

Tal acontecimento desestimulou os juristas britânicos a aprofundarem-se no tema, razão porque singelas são as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais inglesas. Também gerou críticas da doutrina e repercutiu por toda a Europa e Estados Unidos.

### **A Desconsideração no Direito norte-americano**

O primeiro caso de aplicação da desconsideração na doutrina norte-americana foi a decisão proferida pelo Excelentíssimo Juiz John Marshall, no caso *Bank of United States v. Devaux*, no ano de 1809, isto é, 88 anos mais nova que a decisão do caso *Salomon*. O Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3.º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa. Já em 1809 as cortes americanas levantavam a hipótese de ultrapassar a personificação das entidades e considerar as características dos sócios individuais.

A partir de então, a desconsideração passou a ter aplicação frequente pelos juízes nos Estados Unidos, sendo utilizada para coibir a utilização da forma societária pelos seus integrantes bem assim nos casos de fraude ou de ofensa à lei.

Posteriormente, a jurisprudência norte-americana ampliou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica entre sociedades de um mesmo grupo e entre este e o controlador.

Em 1904, em outro processo *United States v. Milwaukee Refrigerator transit Co.*, admitiu-se a aplicação da desconsideração, quando a personalidade jurídica for utilizada para frustrar o interesse público, justificar a injustiça, proteger a fraude ou defender o crime.

Enfim, os Tribunais norte-americanos vinham aplicando a *disregard of legal entity* apenas em casos excepcionais. Onde se comprovasse fraude à lei, ao contrato ou a credores.

Houve, entretanto, uma ampliação desse entendimento, justificando-se a aplicação da teoria em pauta, sempre que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a aplicação das normas vigentes levasse a resultados injustos.

### **Influência da *disregard doctrine* no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**

No Brasil, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com o Código de Defesa do Consumidor, que sofreu influência da jurisprudência norte-

americana, tendo sido aplicado analogicamente nos ramos do direito em que o instituto não recebeu regulação própria.

Existem críticas severas na doutrina sobre a aplicação da desconsideração no direito brasileiro, sem se atentar para a realidade concreta da nossa legislação, fazendo-se uma verdadeira confusão do instituto com situações já previstas no nosso ordenamento jurídico, tais como a responsabilidade civil dos administradores, ações de nulidade, teorias *ultra vires* e da aparência.

O instituto da desconsideração foi positivado no Código de Defesa do Consumidor – art. 28, segundo os críticos de forma muito abrangente, ignorando-se a sua aplicação de forma excepcional. Há redundância na responsabilização oriunda de “abuso de direito”, “excesso de poder”, “infração de lei”, “violação dos estatutos ou contrato social”, bem assim na definição de “má administração”.

No que se refere aos parágrafos 2.º, 3.º e 4.º do citado dispositivo, também eles sofreram influência da jurisprudência norte-americana. Também aqui não houve a preocupação do legislador brasileiro em observar o direito societário nacional, de modo a não criar incompatibilidades entre este e o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o autor chama a atenção para se afastar a aplicação da desconsideração nas hipóteses dos parágrafos supracitados, na medida em que o legislador estabelece vínculos de solidariedade entre sociedades perante o consumidor, bem assim a responsabilidade só em caso de culpa nas coligadas.

Pugna, ainda, pela inserção indevida dos mencionados dispositivos no Código de Defesa do Consumidor, por estabelecerem responsabilidade solidária de terceiros com o fornecedor.

Destaca, ainda, o autor que o §2.º do artigo 28 do Codecon aumenta o âmbito de responsabilização dos grupos societários, uma vez que as obrigações por eles contratadas podem atingir o patrimônio particular dos sócios. No que se refere ao § 3.º do estatuto consumerista, não se poderia cogitar de desconsideração, já que o consórcio não tem personalidade jurídica.

A polêmica sobre a desconsideração tem maior relevo no §5.º do art. 28 do diploma legal em questão, *verbis*: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Segundo o autor, o dispositivo mencionado autoriza o juiz a aplicar a medida independentemente de culpa, sempre que a personalidade jurídica for, de alguma forma, um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores. Trata-se, portanto, de norma aberta onde não há taxatividade na sua aplicação, seguindo a orientação norte-americana da Suprema Corte, onde não há uma relação *numerus clausus* de incidência da *disregard*.

A extensão de tal dispositivo deu margem a diversas controvérsias de interpretação e críticas. Para alguns doutrinadores, o parágrafo quinto é complementação do caput do artigo 28; para outros, o parágrafo em questão é tão abrangente que sua interpretação literal implicaria a derrogação do caput; há até quem entenda que o referido artigo só pode ser aplicado na hipótese de sanções de caráter não pecuniário.

De acordo com o autor do texto, se se considerar que o § 5.º está subordinado ao caput do artigo, deve-se, nesse caso, prestigiar o elemento subjetivo de modo a se verificar quais sócios efetivamente abusaram da personalidade da pessoa jurídica, preservando, por conseguinte, os sócios que não tiveram participação na condução irregular da sociedade. No entanto, se o dispositivo em comento for aplicado autonomamente, passa-se a admitir responsável objetivamente pelo insucesso da pessoa jurídica todo e qualquer sócio independentemente da sua participação ou não no fracasso da socieda-

de. Em assim sendo, conclui o autor, a descon sideração viola frontalmente princípios de direito societário.

Assim, o parágrafo 5.º só deverá ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, quando houver incapacidade da pessoa jurídica de arcar com o prejuízo causado ao consumidor é que o sócio responderá com o seu patrimônio particular.

### **Conclusão**

Pelo exposto, o autor considera frustrada a tentativa da legalização da doutrina da *disregard doctrine* no Código de Defesa do Consumidor, já que o único caso que aponta como de efetiva descon sideração é o que vem de forma expressa no artigo 28 caput relativo ao “abuso de direito”, razão pela qual propõe a alteração do artigo 28 com a eliminação dos seus parágrafos, com a seguinte redação:

“Art. 28. O juiz poderá, na aplicação desta lei e em benefício do consumidor, descon siderar a personalidade jurídica para imputar diretamente ao sócio a responsabilidade pelas obrigações do fornecedor, em situações que configurem, comprovadamente, o abuso da personalidade jurídica”.