

Os fornecedores (unipessoais e pluripessoais) na relação de consumo e a desconsideração da personalidade jurídica

Hugo Leandro Maranzano

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor, desde que foi editado, há praticamente 25 anos, tem sido elogiado pela Doutrina, sobretudo pelo rol de princípios e direitos básicos assegurados ao consumidor. O modelo adotado pelo Código tem permitido sua aplicação ao longo de tantos anos com relativo êxito, ou seja, sua estrutura normativa deve ser destacada se forem consideradas as vertiginosas mudanças pelas quais o mundo e nossa sociedade passaram ao longo destas duas décadas, sem precedentes na história da civilização. É verdade que há propostas de alterações legislativas em tramitação no Congresso Nacional, objetivando atualizações, entre as quais aquelas relacionadas ao comércio eletrônico, instrumento cada vez mais utilizado pelos consumidores na aquisição de produtos e serviços, impondo-se assim uma disciplina legal sobre a matéria. No entanto, apesar de eventuais modificações pontuais, nossa legislação consumerista permanece “jovem”, resultado do arcabouço normativo, bastante avançada à época, baseada não apenas em regras de direito, mas em princípios.

Considerando o tema abordado neste artigo, cabe especial referência ao princípio mencionado no artigo 6º, inciso VI do Código, na categoria de direitos básicos do consumidor, consistente na efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Para dar concretude a esse direito básico do consumidor, que busca dar efetividade ao sistema consumerista, adotou-se para as relações de consumo a regra da responsabilidade objetiva e que todos os autores da lesão que compõem o elo básico na colocação de produtos e serviços serão solidariamente responsáveis pela reparação do dano.

Outro aspecto relevante para assegurar o direito à reparação integral dos prejuízos ao consumidor diz respeito à responsabilidade patrimonial do fornecedor, a partir da análise de um aspecto não muito explorado pela Doutrina consumerista, que está relacionado à forma de constituição jurídica da empresa, ou seja, da atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor, que poderá atuar no mercado de consumo, vendendo produtos ou oferecendo serviços, de forma unipessoal ou pluripessoal, critério este que leva em consideração o número de pessoas que constituirão a empresa do fornecedor, que acarretarão diferenças em relação à responsabilidade patrimonial, no caso de lesão ao consumidor. Não se pode ainda olvidar da preocupação legislativa quanto à extensão da responsabilidade patrimonial do fornecedor, possibilitando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 28 da lei, última seção do quarto capítulo, que cuida exatamente da prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor pelo fornecedor.

De fato, a previsão legal que autoriza o consumidor a desconsiderar a personificação societária, quando existente, para alcançar o patrimônio particular dos sócios da pessoa jurídica, é elemento essencial para se assegurar o direito à reparação integral dos prejuízos causados ao consumidor pelo fornecedor, consubstanciado pelo princípio da efetividade, de enorme importância no sistema consumerista, capaz de justificar o regramento legal específico e diferenciado da *disregard doctrine* pelo CDC. Entretanto, dependendo do número de pessoas que constituirão a atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor, não se cogitará da aplicação da desconsideração. Também deverá ser analisada a possibilidade de extensão da responsabilidade patrimonial do fornecedor, por meio da aplicação da desconsideração, às relações de consumo quando estiver presente uma figura jurídica introduzida em 2011 no Código Civil, denominada empresa individual de responsabilidade limitada (artigo 980-A), que não se confunde com o conceito de empresário individual. Essas questões estão diretamente vinculadas ao direito do consumidor à reparação integral dos prejuízos causados pelo fornecedor.

2. Da relação jurídica de consumo; fornecedor como empresário ou sociedade empresária

A Lei 8.078/90 será aplicável somente se a relação jurídica for caracterizada como de consumo, visto contemplar um regime próprio,

com regras e princípios específicos, com plena autonomia em relação aos demais ramos do direito. A técnica empregada pelo legislador não foi de apresentar uma definição específica sobre o que seja uma relação de consumo, mas de conceituar os sujeitos desta relação (consumidor e fornecedor), assim como seu objeto (produto ou serviço), sem o que são inaplicáveis as normas protetivas estabelecidas na lei. Daí a importância da definição jurídica de fornecedor e consumidor, pois, importante insistir, somente existirá um consumidor se também existir um fornecedor. Tanto assim que a definição de consumidor está prevista logo no segundo artigo da lei ao estabelecer que é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. E já no artigo seguinte há a definição de fornecedor, o que demonstra que ambos os conceitos são dependentes, uma vez que somente haverá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos.

Pela simples leitura do artigo 3º, verifica-se a amplitude da definição legal de fornecedor, que, aliás, não é exaurida pela redação contida no *caput*, visto que deve ser interpretada de acordo com os conceitos de produto e serviço previstos nos parágrafos primeiro e segundo. Desse modo, enquadra-se como fornecedor denominações diversas daquelas empregadas no dia a dia, tal como empresário, comerciante, industrial, construtor, banqueiro, segurador, importador, exportador, além de diversas outras, quer sejam nacionais, estrangeiros, o próprio Estado, por si mesmo ou por meio de concessionárias de serviço público, independente da forma de constituição do agente econômico, englobando tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física. A abrangência do conceito legal, que se estende inclusive a entes sem personalidade jurídica (despersonalizados), permite a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de fornecimento, o que será importante para assegurar a efetiva reparação dos danos materiais e morais em relação ao consumidor.

Percebe-se então que a expressão fornecedor pode ser compreendida como gênero, do qual são espécies os diversos agentes econômicos, com o claro propósito de facilitar a responsabilização de todos eles. Sem prejuízo da amplitude desse conceito legal, é importante analisar a forma de constituição jurídica daquele que exerce quaisquer das atividades econômicas referidas pela lei, quer seja de produção, construção, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços direcionados ao mercado de consumo, tendo em vista sua repercussão quanto à responsabilidade patrimonial, vale dizer, no caso de prejuízos, danos, causados ao consumidor, qual o patrimônio que poderá ser

alcançado, executado por obrigação resultante da relação de consumo, à vista do princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia dos seus credores.

Atividades econômicas de pequeno porte são, em geral, desenvolvidas por pessoas físicas e, à medida que os negócios se avolumam e os recursos já não são suficientes para arcar com os custos e as despesas, além da própria possibilidade de ampliação resultar prejudicada, busca-se uma reunião, uma conjugação de esforços entre várias pessoas por meio da constituição de uma sociedade. Essas situações distintas, ou seja, o exercício da atividade econômica de forma individual, solitária, ou por meio da reunião de duas ou mais pessoas, acarreta importantes diferenças em relação à responsabilidade patrimonial do fornecedor.

A título de exemplo, se uma pessoa física tem um *site* de vendas, atua no chamado comércio eletrônico, fornecendo produtos ou serviços, e se dedica à exploração desta atividade individualmente, no caso de prejuízo ao consumidor, seu patrimônio particular estará imediatamente comprometido, de forma direta e ilimitada, ou seja, ainda que esteja regularmente constituída nos órgãos competentes e lhe tenha sido atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF. Se uma pessoa estiver em pleno gozo da capacidade civil e não for legalmente impedida (artigo 972 do Código Civil) poderá empreender qualquer tipo de negócio individualmente, sendo conhecida pelo jargão de empresa individual, empresa unipessoal, firma individual ou até mesmo “pessoa jurídica”, embora a expressão tecnicamente correta seja empresário, o qual, juntamente com a sociedade empresária, são os sujeitos capazes de desenvolver a empresa, compreendida esta na acepção que lhe foi dada pelo Código Civil a partir da leitura do artigo 966, de atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços. A empresa, portanto, é sinônimo de atividade econômica e o sujeito que exerce esta atividade se denomina empresário ou sociedade empresária. Em consequência, titular da empresa será o empresário, mais conhecido no dia a dia como empresário individual ou uma sociedade empresária. É verdade que, para fins de relação de consumo, a sociedade simples, que se contrapõe à sociedade empresária pela distinção da atividade econômica desenvolvida, pelo objeto social, e mesmo as sociedades sem personalidade jurídica (sociedade em comum e sociedade em conta de participação) poderão ser responsabilizadas.

De qualquer modo, o importante é destacar que o empresário individual não é, sob o aspecto da responsabilidade patrimonial em relação a terceiros, uma pessoa jurídica, equiparando-se a esta

exclusivamente para fins tributários, o que justifica a existência de um número próprio, CNPJ, perante os órgãos de controle fazendário. Em outras palavras, em razão da pessoa natural exercer, individualmente, a atividade econômica, na qualidade de empresário individual, aliado ao princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores e que cada sujeito de direito é titular de um único patrimônio (princípio da unidade do patrimônio), todos os bens, ainda que não estejam relacionados ao negócio, com exceção daqueles considerados impenhoráveis, do fornecedor/empresário individual que atua no ramo de comércio eletrônico, dado o exemplo citado, poderão ser executados até o montante necessário para satisfazer o crédito resultante do prejuízo sofrido pelo consumidor, independente, cabe mais uma vez destacar, destes bens estarem relacionados ou não à atividade econômica do empresário. Portanto, entre tais bens estão incluídos aqueles utilizados exclusivamente para fins particulares ou familiares, por exemplo, uma propriedade rural, uma casa ou apartamento situado na praia, além do imóvel onde estiver situado o estabelecimento empresarial, se existente, bens corpóreos ou incorpóreos a ele agregados caso, na hipótese de um ponto físico, uma loja.

Pela legislação vigente, quanto à responsabilidade patrimonial, não há instrumentos de limitação dos riscos da atividade do empresário individual, visto que não há separação patrimonial entre os bens destinados ao exercício da atividade econômica e aqueles outros não vinculados ao negócio, geralmente denominados “bens pessoais”, ainda que a pessoa natural esteja regularmente inscrita, registrada nos órgãos competentes. Esse ato de registro, denominado pela Lei 8.934/94 de arquivamento da inscrição, é obrigatório, na forma prevista pelo artigo 1.150 do Código Civil, e confere regularidade para diversos fins, porém não faz surgir uma personalidade jurídica “nova”, tampouco um patrimônio de afetação, havendo, portanto, um único patrimônio, que será direta e ilimitadamente responsabilizado por dívidas e obrigações perante os credores em geral, entre os quais aqueles resultantes da relação de consumo. Em síntese, a pessoa física, empresário individual, assume o risco do empreendimento com todo o seu patrimônio.

Nesse mesmo sentido é a interpretação Pretoriana:

EMENTA: Agravo Bem móvel Ação de Rescisão contratual c/c indenização por danos materiais e morais Fase de cumprimento de sentença Microempresário e Pessoa Física - Inexistência de

autonomia patrimonial entre a empresa individual (firma individual) e o empresário titular – O empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do Direito Tributário, somente para o efeito do imposto Desconsideração da personalidade jurídica Descabimento Penhora sobre percentual de salário Impossibilidade, tendo em conta o que dispõe o art. 649, inc. IV, do CPC Precedentes Jurisprudenciais, inclusive do C. STJ Decisão mantida – Recurso desprovido.¹

Situação diversa ocorre se a pessoa resolve “abrir um negócio”, constituir uma atividade econômica na forma de sociedade, empresária ou simples, agrupando-se com outras pessoas, hipótese em que a responsabilidade patrimonial, no caso de prejuízos resultantes da relação de consumo, terá regulamentação jurídica própria. Em geral, se o negócio que se pretende empreender exige um aporte econômico maior, a pessoa busca reunir recursos, esforços, congregando-se, reunindo-se com um ou mais indivíduos capazes de alcançar um objetivo comum, que é a busca do lucro e a partilha do resultado. Independente de exercerem atividade negocial, as coletividades, os grupos sociais, desde o Direito Romano, são reconhecidos como entes de existência social, com dinâmica própria em relação aos seus integrantes. À medida que o direito evoluiu, deu-se um passo maior, consistente na personificação desses grupos sociais, que passam a ser dotados de personalidade própria para poder atuar na vida jurídica em igualdade de condições com as pessoas naturais. Assim, por meio da personificação, passam a ter existência e patrimônio absolutamente distintos e inconfundíveis em relação aos seus sócios, isto é, a personalidade jurídica da pessoa jurídica não se confunde com aquela das pessoas que a integram.

Se o objetivo pretendido pelos indivíduos que uniram esforços e recursos é de caráter econômico, visando ao lucro, irão constituir uma pessoa jurídica denominada sociedade, empresária ou simples, conforme classificação adotada pelo Código Civil, contrapondo-se à associação, cuja finalidade almejada não é econômica, mas cultural,

¹ Agravo de Instrumento nº 2078058-61.2015.8.26.0000 da 29ª Câmara de Direito Privado do TJSP.

filantrópica ou social. Portanto, a sociedade, preenchidos os requisitos legais, será personificada, terá personalidade jurídica, que se constitui, conforme clássica lição de Clovis Bevilacqua (apud Tomazette, 2014, p. 223), “na aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”. Para aquisição dessa personalidade, deverá ser providenciado o registro do contrato social, ato constitutivo da sociedade, no registro próprio, na forma prevista pelo artigo 1.150 do Código Civil. Essa personificação acarreta diversas consequências, entre as quais a titularidade negocial, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial. Esta última, também chamada de princípio da autonomia patrimonial, é, no plano do direito das obrigações, a mais importante consequência da personificação de uma sociedade, pedra angular do direito societário, que indica a existência de um patrimônio próprio da pessoa jurídica, o qual responde por suas dívidas, débitos e obrigações. Em outras palavras, o patrimônio da sociedade constitui a garantia dos seus credores, os quais, em princípio, não têm direito, pretensão sobre os bens dos sócios, eis que se tratam de patrimônios distintos e inconfundíveis.

Nesse sentido é o magistério de Fabio Ulhoa Coelho:

[...] respondem pelas obrigações da sociedade, em princípio, apenas os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é de seus sócios. Em outros termos, a garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor; se a devedora é a sociedade empresária, então será o patrimônio social (e não o dos sócios) que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela. Somente em hipóteses que excepcionaram a regra da autonomia da pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento de dívida da sociedade [...] (COELHO, 2014, p. 33).

A autonomia patrimonial é reconhecida pelo Código Civil, cujo artigo 1.024 estabelece: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão de depois de executados os bens sociais”. Em sentido semelhante há o artigo 596 do Código de Processo Civil: “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei: o sócio,

demandado pela pagamento da dívida, tem o direito de exigir que sejam primeiros executados os bens da sociedade”. A nova legislação processual, que se encontra no período da *vacatio legis*, traz regra contida no artigo 795 bastante semelhante à atual, com detalhamento que reforça a responsabilidade subsidiária, secundária, dos sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade. Pelo que consta desses dispositivos legais, a sociedade, por se tratar de ente jurídico personalizado e autônomo, terá sempre responsabilidade direta, primária, em relação às suas dívidas, enquanto os sócios somente poderão ser acionados depois de esgotadas as forças do patrimônio social.

Ademais, no caso da sociedade limitada, tipo societário utilizado pela quase totalidade dos agentes econômicos no Brasil, nos termos do artigo 1.052 do Código Civil, “*a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social*”. Isto significa que a responsabilidade de cada sócio é limitada a um determinado montante, isto é, o capital social subscrito, comprometido por cada um dos sócios para constituir o capital social e ainda não integralizado. Uma vez integralizadas todas as cotas, vale dizer, após a contribuição de cada sócio ter sido transferida para a formação do patrimônio inicial da sociedade, não há mais responsabilidade, sequer subsidiária, dos sócios em relação às dívidas da sociedade. Esse mecanismo jurídico, que já era previsto no artigo 350 do Código Comercial de 1850, permitiu que a sociedade limitada se tornasse importante instrumento para o desenvolvimento da moderna economia de mercado, visto que permite a redução dos riscos do empreendimento, à medida que o patrimônio particular do sócio não é atingido por dívidas da sociedade, dada a separação patrimonial.

3. Desconsideração da personalidade jurídica

Como já destacado, o fornecedor, independente da forma de constituição jurídica escolhida para o exercício da atividade econômica, como empresário ou sociedade, terá responsabilidade pela reparação dos danos causados aos consumidores, à vista do princípio da efetividade (artigo 6º, inciso VI do CDC), com a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores em relação aos produtos e serviços colocados à disposição dos consumidores no mercado. O Código de Defesa do Consumidor é constituído por uma parte introdutória (artigos 1º a 7º, dividido em três capítulos), que trata, de forma bastante cuidadosa, dos direitos

do consumidor e princípios básicos da relação de consumo. No quarto capítulo há cinco seções, que tratam de questões relacionadas à responsabilidade do fornecedor por defeitos e vícios dos produtos e serviços, prazos impostos ao consumidor para reclamar de danos causados por fato do produto ou serviço, dentro do contexto da responsabilidade do fornecedor. A quinta e última seção, deste quarto capítulo, é intitulada “da desconsideração da personalidade jurídica”. Essas considerações sobre a topografia legal parecem indicar o propósito do legislador em finalizar todo um capítulo voltado à cuidadosa sistemática da responsabilidade do fornecedor por fato ou vício do produto ou serviço, disciplinando um instituto que amplia a responsabilidade do fornecedor/pessoa jurídica, permitindo que o consumidor alcance não apenas o patrimônio social, mas também os bens pessoais dos sócios ou administradores da sociedade. De fato, sem essa previsão legal o consumidor ficaria sem qualquer garantia de efetivo ressarcimento por eventuais prejuízos causados, considerando que a maior parte dos fornecedores é constituída na forma de pessoa jurídica, com personalidade e patrimônio próprios, beneficiando os sócios com a separação patrimonial e limitação da responsabilidade por dívidas resultantes do negócio.

O instituto da pessoa jurídica e, de forma mais específica, a personificação das sociedades, com a conseqüente autonomia patrimonial, foi e continua sendo importante instrumento de incentivo das atividades econômicas em geral, permitindo o crescimento econômico, a geração de mais empregos e arrecadação de tributos para o Estado. A existência de um ente autônomo, com direitos e obrigações próprias, que não se confundem com a pessoa de seus integrantes, os quais investem apenas parcela determinada do seu patrimônio, minimizando assim os riscos do empreendimento em relação ao patrimônio particular de cada sócio, permitiu a proliferação desta modalidade de pessoa jurídica, sobretudo da sociedade limitada.

Entretanto, esse sistema legal da separação entre o patrimônio da sociedade e patrimônio particular do sócio, se, de um lado, é instrumento importante de fomento do empreendedorismo, do desenvolvimento econômico e social do país, por outro lado, permite a realização de fraudes em prejuízo de credores, do mau uso da pessoa jurídica por sócios inescrupulosos, mediante o emprego de práticas abusivas e fraudulentas. Exemplo clássico dá-se com a sociedade que realiza, em seu nome, empréstimo em instituição financeira, porém não honra a dívida, tampouco detém patrimônio social suficiente para pagamento do credor, não podendo o patrimônio particular dos sócios ser executado por

força do princípio da autonomia patrimonial, consagrado em diversos dispositivos da legislação. Desse modo, os sócios, inescrupulosos, ficam com os ganhos e os credores da sociedade suportam o prejuízo, além de a sociedade acabar falindo, com inegáveis prejuízos econômicos e sociais. O mesmo componente usado para o remédio, isto é, utilizado para formulação de uma teoria importante que atende ao princípio constitucional da livre iniciativa dos agentes econômicos, passou a ser empregado como veneno, proporcionando o enriquecimento indevido de alguns à custa do prejuízo de outros. Esse uso indevido da personalidade jurídica da pessoa jurídica não poderia ficar à margem do direito, impondo-se uma reação para coibir fraudes e abusos.

A aplicação do instituto da desconsideração acarreta a ineficácia pontual, episódica, da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio particular de seus integrantes, não se confundindo com a despersonalização ou dissolução. Não se trata de mera questão terminológica, mas de diferença significativa. Despersonalizar implica anular a personalidade em definitivo, enquanto na desconsideração não se anula essa separação entre os patrimônios, mas apenas se retira, de forma momentânea e diante de um caso concreto e específico, dentro de certos limites, essa separação, com o objetivo de alcançar o patrimônio particular das pessoas, ou seja, dos sócios que fizeram mau uso do princípio da autonomia patrimonial. Trata-se, portanto, de uma ineficácia apenas pontual, uma desconsideração da personificação determinada pelo juiz do processo para um caso específico. No entanto, preserva-se a autonomia para todos os demais efeitos de direito, sem que haja, tampouco, dissolução da sociedade, visto que todos os demais atos jurídicos praticados antes e depois pela pessoa jurídica são válidos. Dissolução da sociedade, que pode ser regular ou irregular, com efeitos distintos, é o encerramento da empresa, da atividade econômica desenvolvida pela própria, não se confundindo com o tema em questão. Em consequência do reconhecimento judicial da desconsideração, o patrimônio particular do sócio será alcançado por obrigação de responsabilidade da sociedade, sancionando assim o mau uso da pessoa jurídica, empregada para a prática de atos lesivos.

3.1. Teoria da desconsideração no Brasil

Muitos anos antes da existência de uma base legislativa da teoria da desconsideração, a Doutrina já se ocupava deste tema tão importante:

[...] No direito brasileiro, o artigo de Rubens Requião², de 1969, introduz a teoria aos debates jurídicos, sendo logo admitida na jurisprudência com vista à solução para permitir a responsabilização dos sócios de pessoas jurídicas que tenham agido de má-fé em prejuízo da própria sociedade ou de terceiros. Passou então, a merecer larga acolhida em nosso direito, sem ter sido, entretanto positivada durante pelo menos duas décadas. A previsão normativa da desconsideração da personalidade jurídica só foi realizada, em direito privado, pelo CDC em 1990 que em seu artigo 28 determinou sua possibilidade quando em benefício do consumidor. Mais recentemente o artigo 50 do CC também previu a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Ambas as normas, contudo, não coincidem em seus pressupostos e efeitos [...]. (MIRAGEM, 2014, p. 634).

Somente em 1990 houve a regulamentação legal, no nosso ordenamento jurídico, da desconsideração, por meio do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, foi editada a Lei 8.884/1994, que trata da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, que também regulamentou a desconsideração no artigo 18. Atualmente, essa matéria está disciplinada pela Lei 12.529/2011, estando a desconsideração, para as hipóteses de infração à ordem econômica, prevista no artigo 34. Na mesma linha de raciocínio adveio a Lei 9.605/1998, que positivou a desconsideração para os crimes ambientais no artigo 4o. No ano seguinte, foi editada a Lei 9.847/99, que trata da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, com previsão normativa sobre a desconsideração no artigo 18, § 3º Por fim, ampliando o âmbito de positivação da teoria da desconsideração, o Código Civil de 2002 o disciplinou no artigo 50:

Portanto, o art. 50 do Código Civil é, atualmente, a regra matriz acerca da *disregard doctrine* no direito brasileiro, sendo de aplicação obrigatória, portanto, a todos os casos de desconsideração da

² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12, 1969 apud Miragem, 2014, p. 634.

personalidade jurídica, com exceção dos referentes às relações de consumo, aos crimes ambientais e às infrações à ordem econômica, os quais, como visto, possuem disciplina normativa própria prevista em leis especiais. Nesse sentido, dispõe o Enunciado 51 do CJF: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. (RAMOS, 2015, p. 417).

3.2. Desconsideração no âmbito consumerista

O fornecedor, quer seja pessoa física ou jurídica, terá responsabilidade ampla e total na ocorrência de fato ou vício do produto ou serviço. Se sua atividade econômica estiver estruturada na forma de sociedade regularmente constituída, o que é mais comum, a responsabilidade patrimonial será da pessoa jurídica em razão do princípio da autonomia patrimonial. Por tal razão revela-se indispensável, como já mencionado, para assegurar efetividade ao ressarcimento do consumidor lesado, em atenção aos princípios protetivos a ele inerentes, a possibilidade legal de se alcançar o patrimônio particular dos sócios ou administradores da sociedade.

O artigo 28, “*caput*”, elenca as hipóteses materiais de incidência que autorizam a aplicação da desconsideração, com a condição de que qualquer uma destas situações tenha sido praticada em detrimento, em prejuízo, do consumidor. A primeira hipótese legal é o abuso de direito, denominado por alguns como abuso do direito, que consiste no desvirtuamento das finalidades para as quais a sociedade foi constituída, o exercício irregular, exagerado, anormal do direito, capaz de causar dano a outra pessoa. Cabe destacar que essa primeira hipótese está em sintonia com a elaboração doutrinária da teoria da desconsideração, que sempre considerou o abuso, além da fraude, como pressupostos de sua aplicação.

Os requisitos seguintes são: “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. Todas essas hipóteses, tendo como característica comum a ilicitude ou irregularidade da conduta do fornecedor, se afastaram da construção doutrinária da teoria da desconsideração.

Tais hipóteses não correspondem efetivamente à desconsideração, pois se trata de questão de haver imputação pessoal dos sócios ou administradores, não sendo necessário cogitar-se da desconsideração. A inclusão de tais hipóteses é completamente desnecessária, pois, muito antes do CDC, já existiam dispositivos para coibir tais práticas, como os artigos 10 e 16 do Decreto 3.708/19, e 158 da Lei 6.404/76 e 159 do Código Civil de 1916, que tratavam da responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores. (TOMAZETTE, 2014, p. 258).

A parte final do “*caput*” ainda admite a desconsideração quando “houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração” Sobre esse ponto, é interessante reproduzir o comentário de Zelmo Denari³, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

Pressupostos Inéditos – Sem embargo, adiciona outros pressupostos que primam pelo ineditismo, tais como a falência, insolvência ou encerramento das atividades das pessoas jurídicas, “provocadas por má administração”.

O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito. De fato, o dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor (em razão de má administração, pura e simplesmente) encerrar suas atividades como pessoa jurídica.

De sua leitura se infere que, por um equívoco remissivo, o veto recaiu sobre o § 1º quando, de modo coerente, deveria versar sobre o § 5º, que - desprezando os pressupostos da fraude e do abuso de direito previstos no *caput* do art. 28 – desconsidera a pessoa jurídica “*sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*”

³ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

De fato, não há referibilidade alguma entre as razões de veto e a disposição contida no parágrafo vetado, que se limita a indicar quais administradores deverão ser pessoalmente responsabilizados na hipótese de acolhimento da desconsideração.

Na sequência, os parágrafos 2º, 3º e 4º disciplinam a responsabilidade solidária das sociedades componentes de agrupamentos societários, bem como de sociedades consorciadas e coligadas, que se constituem em modernos mecanismos de organização e expansão das empresas, o que demonstra a relevância da regulamentação legal para proteção do consumidor, sobretudo diante de uma conjuntura econômica associada à alta tecnologia e globalização.

O artigo 28 é concluído pelo parágrafo 5º, segundo o qual “também será desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Portanto, o último parágrafo cuida da hipótese mais abrangente, em relação às situações referidas anteriormente, da desconsideração. Ao se utilizar do advérbio “sempre” há uma clara indicação da lei que a personificação da pessoa jurídica, quando fornecedora de produtos e serviços, será desconsiderada quando for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento do consumidor lesado. Desse modo, o dispositivo legal, que aparentemente seria subsidiário em relação ao conteúdo do caput e demais parágrafos do artigo 28, passa, tendo em vista sua abrangência, à qualidade de norma principal. Há quem sustente que a manutenção deste parágrafo foi resultante de um equívoco, destacando-se, mais uma vez, Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

O § 1º do art. 28 – vetado pelo Presidente da República – dispõe que “a pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram.”

Nas razões do veto encaminhadas ao presidente do Senado Federal o Presidente da República considera que o “caput” do art. 28 já contém todos

os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no Direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”.

Referida observação, ainda que pertinente, não modifica a realidade jurídica no sentido que o citado parágrafo se encontra vigente, desde a promulgação da lei, e é aplicável. E, considerando a abrangência do parágrafo, ao permitir a desconsideração sempre que houver prejuízo ao credor, no caso o consumidor, independente da ocorrência de abuso do direito ou fraude, bastando a insolvência do fornecedor, pessoa jurídica, afastando-se assim da concepção original da *disregard doctrine*, inúmeras controvérsias surgiram na Doutrina:

Quanto ao § 5º do artigo 28 do CDC, o qual estabelece que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, impõe-se a conclusão de que também ele está em descompasso com a teoria da desconsideração. A simples insatisfação do credor não é motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, pelo menos no que diz respeito à “teoria maior”. Deveria, para tanto, haver abuso de direito ou fraude, ou pelo menos a prova da existência de uma confusão patrimonial para se proceder à desconsideração, requisitos esses decorrentes da construção doutrinária da *disregard doctrine*.

Raquel Sztajn é enfática ao criticar o artigo 28 do CDC: “Claramente o texto do artigo 28 da Lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria nos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panaceia nacional da defesa do consumidor”. (SOUZA, 2011, p. 99).

Para outros, o dispositivo contido no parágrafo quinto não pode ser interpretado isolada, mas sistematicamente, pois se assim não for a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, elemento indispensável ao desenvolvimento da atividade econômica do país, estaria revogada no âmbito consumerista.

Aline França Campos em artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 932 de junho de 2013 assevera:

Se não for essa a interpretação feita, o legislador estaria impondo, mais uma vez, aos membros da sociedade, uma pena pelo insucesso da atividade, anulando, assim, as regras de distinção da personalidade da pessoa jurídica da de seus sócios. Não é qualquer dano ao consumidor que poderia ensejar a desconsideração, que só deveria ocorrer, como já exposto, quando a pessoa jurídica fosse indevidamente utilizada e, por isso, tornasse mais difícil o ressarcimento dos danos suportados pelo consumidor. Ou seja, apesar de inegável a responsabilidade das pessoas jurídicas, como salienta Teresa Pantoja, essa tem que ser proporcional e compensatória aos danos decorrentes da violação do dever geral da boa-fé, caso contrário estar-se-ia diante de situações de autoritarismo e insegurança jurídica. (Revista dos Tribunais, n. 932, p. 135, 2013).

Outros ainda sustentam que o “erro legislativo cometido pelo CDC teria sido corrigido com a entrada em vigor do Código Civil por entenderem que o artigo 50 resgatou os fundamentos da teoria da desconsideração”.

Nesse sentido é a posição de Mauricio Cunha Peixoto em artigo publicado pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, referente à palestra proferida no dia 27/03/2003:

Temos agora, portanto, uma norma geral que pode ser aplicada por qualquer dos ramos específicos do nosso direito, que careçam de uma regra específica sobre a teoria da desconsideração.

E naqueles ramos do direito em que já existe normatização específica, como é o caso do direito do

consumidor, lei antitruste e do direito ambiental, o regramento oriundo do novo direito civil certamente servirá de norte para a correção dos erros ali cometidos pelo legislador.

A polêmica em relação ao referido parágrafo também alcançou os Tribunais, sendo paradigmática a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2003, referente à responsabilidade pelos danos decorrentes da explosão ocorrida no Osasco Plaza Shopping, em que houve divergência entre os Ministros sobre a interpretação do dispositivo legal:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. – A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). – A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de

confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. – Recursos especiais não conhecidos. (STJ, REsp 279.273/SP, j. 04.12.2003, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJU 29.03.2004, DJU 29.03.2004, p.230).

No mesmo sentido tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, fazendo referência, inclusive, a decisões mais recentes do S.T.J. reforçando esse mesmo entendimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2059032-77.2015.
8.26.0000

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ART. 28, § 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PRECEDENTES DO STJ RECURSO PROVIDO.

É o Relatório. As Turmas componentes da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que, tratando-se de relação de consumo, é possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, bastando, para tanto, a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, nos termos do art. 28, *caput*, parte final, e Agravo de Instrumento

Nº 2059032-77.2015.8.26.0000 - São Paulo § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (AgRg no REsp 1.106.072/MS, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 18.09.14; REsp 1.111.153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.02.13; REsp 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 16.10.12; AgRg no AREsp 511.744/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 31.03.15; REsp 279.273/SP, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29.03.04; REsp 737.000/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12.09.11). Do último precedente, colhe-se o seguinte: “No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária”. Saliou-se, outrossim, no REsp 279273/SP, Relatora designada a Min. Nancy Andrighi, que... “a teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica”. Não discrepa a boa doutrina (Flávia Lefèvre Guimarães, Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor, p. 85, Max Limonad, 1998). Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos negócios jurídicos realizados entre empresas administradoras de consórcio e consorciados (REsp 541.184/PB, DJ 20.11.06, REsp 1.269.632/MG, DJe 03.11.11, Rel. de ambos Min. Nancy Andrighi). Pelo exposto, dou provimento ao recurso. Matheus Fontes Desembargador Relator.

4. Empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI

4.1. Breve histórico

Até 2011, se uma pessoa pretendesse constituir qualquer tipo de empresa, entendida esta na sua acepção jurídica de atividade econômica organizada, vindo a compor um dos elos da relação de consumo, na condição de fornecedor, poderia optar em fazê-lo como empresário individual ou sociedade empresária. Como já referido, para fins de responsabilidade patrimonial, para saber qual o patrimônio irá garantir eventual indenização resultante de lesão ao consumidor, as duas figuras são distintas, vale dizer, não havia possibilidade de uma pessoa, sozinha, solitária, formar uma pessoa jurídica, ou seja, não poderia assim se beneficiar do princípio da autonomia patrimonial, da separação do patrimônio particular do indivíduo e do patrimônio relativa à atividade econômica desenvolvida. Enquanto a responsabilidade do sócio é, como visto, subsidiária em relação às obrigações sociais e, em geral, limitada ao montante do capital particular investido no negócio, a do empresário individual é pessoal, direta, ilimitada. Por tal razão, com o claro objetivo de resguardar os bens pessoais no caso de insucesso no empreendimento, a única alternativa seria fazer aquilo que se convencionou denominar sociedade “de fachada”, regularmente inscrita nos órgãos competentes em que um dos sócios detinha 99% da participação societária e outro apenas 1%. Inegavelmente, uma sociedade de direito que não corresponde a uma sociedade de fato, constituída por marido e mulher ou parentes próximos, consolidando-se uma cultura fundada no desvirtuamento da figura da pessoa jurídica, da sociedade, eis que inexistente compartilhamento de capitais e esforços para se alcançar um objetivo comum, a exploração da atividade negocial, elementos imprescindíveis de uma sociedade, além de outros, como vontade social e “*affectio societatis*”. Nessa sociedade, o sócio minoritário é meramente simbólico, não tendo qualquer participação nos negócios.

A Lei 12.441/2011 introduziu o artigo 980-A no Código Civil ao dispor sobre a “empresa individual de responsabilidade limitada constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100(cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País”. A partir dessa redação legal, surgiram controvérsias sobre a natureza jurídica da EIRELI. Fabio Ulhoa Coelho e Gladson Mamede a consideram uma sociedade unipessoal:

A sociedade limitada unipessoal foi designada, na lei, por “empresa individual de responsabilidade limitada”, cuja sigla é EIRELI. A designação é muito infeliz e pouco técnica. Empresa, como visto, é conceito jurídico referente à atividade econômica explorada com determinadas características, e não referente ao sujeito que a explora.

Diante das imprecisões legais, é tarefa da doutrina e jurisprudência procurar sistematizar os institutos. No tocante à EIRELI, abrem-se duas alternativas: considerá-la uma espécie de pessoa jurídica diferente da sociedade (mediante a interpretação literal do artigo 44, IV do CC) ou tomá-la como a designação dada, pela lei brasileira, à sociedade limitada unipessoal (mediante a interpretação sistemática do artigo 980-A). Inclino-me pela segunda alternativa, em razão do preceito hermenêutico que prestigia, na argumentação jurídica, a interpretação sistemática, quando divergente da literal.

As sociedades empresárias, no Brasil, assim classificam-se, segundo o critério da quantidade de sócios, em pluripessoais e unipessoais. Nesta última categoria, encontram-se a subsidiária integral e a EIRELI. (COELHO, 2014, p. 47-48).

Com entendimento diametralmente oposto, há André Luiz Santa Cruz Ramos e Marlon Tomazette:

Se o intuito dele era criar um “empresário individual de responsabilidade limitada”, não precisava tê-lo colocado no rol de pessoas jurídicas de direito privado do artigo 44 do CC. O empresário individual de responsabilidade limitada pode perfeitamente ser uma pessoa física, e a limitação de sua responsabilidade seria feita por meio da constituição de um patrimônio especial, formado pelos bens e dívidas afetados ao exercício de sua atividade econômica (patrimônio de afetação).

Em contrapartida, se o intuito do legislador era criar uma pessoa jurídica constituída por apenas um sócio, também era desnecessária acrescentar

uma nova espécie de pessoa jurídica no rol do artigo 44 do CC. Nesse caso, era só permitir que a sociedade limitada pudesse ser constituída por apenas um sócio, o qual seria titular de todas as quotas. Ter-se-ia então uma sociedade limitada unipessoal.

Preferiu o legislador, porém, seguir outro caminho. A EIRELI não é um empresário individual, nem uma sociedade unipessoal: trata-se de uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, que se junta às outras já existentes.

Foi aprovado o enunciado 3 da I Jornada de Direito Comercial, com o seguinte teor: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.” (RAMOS, 2015, p. 44).

O teor dos dispositivos introduzidos deixa claro que a opção legislativa brasileira não foi a das sociedades unipessoais, uma vez que a EIRELI é expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica. Do mesmo não se optou pelo sistema do patrimônio de afetação, pois nenhum dos dispositivos introduzidos faz referência à segregação patrimonial. Portanto, o sistema adotado no Brasil foi o sistema da personificação da empresa que, apesar das acertadas críticas, é um sistema legítimo de limitação da responsabilidade no exercício individual da empresa. (TOMAZETTE, 2014, p. 60).

4.2. Aspectos legais

Independente da discussão doutrinária sobre a natureza jurídica e das críticas sobre a terminologia usada pelo legislador, é inegável a introdução, no ordenamento jurídico, de uma nova categoria de pessoa jurídica (artigo 44, inciso VI do Código Civil), com personalidade jurídica própria, distinta do seu titular, que permite a limitação de risco para o exercício individual da atividade negocial, ensejando assim a separação entre o patrimônio da EIRELI e o patrimônio particular do titular, que não será executado, em princípio, por dívidas resultantes da atividade econômica, tal como ocorre com as sociedades regulamente

inscritas na Junta Comercial. Para sua formação, exige-se um capital mínimo de cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, devidamente integralizado no ato da constituição. Essas duas exigências não encontram similitude na legislação, eis que para constituição de uma sociedade não há essas duas exigências. Ambas merecem destaque positivo ao assegurarem maior garantia para terceiros, nele incluídos os consumidores. Como se sabe, entre as finalidades do capital social está a função de servir de garantia para os credores, na medida em que o capital representaria o mínimo do patrimônio da EIRELI que os credores teriam a sua disposição para satisfação das obrigações.

Tratando-se de um centro autônomo de direitos e obrigações, a empresa individual de responsabilidade limitada terá um nome, que será formado pela inclusão da expressão EIRELI após a firma ou denominação social, que servirá de referência nas relações jurídicas com o público em geral, de modo a não confundir e informar adequadamente o regime de responsabilidade. O nome civil do titular da empresa será empregado se optar pela firma ou razão social e, se empregar denominação na composição do nome, poderá se valer de qualquer expressão, comumente denominada expressão de fantasia, que se caracteriza pela não utilização do nome civil do titular, na forma prevista nos artigos 1.155 a 1.168 do Código Civil.

A pessoa natural somente poderá figurar em uma única EIRELI. Há críticas quanto a essa limitação:

Ora, não consigo enxergar razão para essa regra. Se o objetivo da EIRELI é criar uma espécie de patrimônio de afetação para permitir que um empreendedor goze da limitação de responsabilidade sem precisar constituir sociedade com outrem, por que limitar estas prerrogativas? Constituirá uma EIRELI para explorar um empreendimento, mas no segundo terá que constituir sociedade? Não faz sentido. (RAMOS, 2015, p. 46).

Ademais, a EIRELI apenas poderá ser constituída por pessoa natural, de acordo com a posição doutrinária majoritária, referida inclusive no enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”. Essa opinião está baseada em interpretação sistemática da legislação, uma vez que o novel instituto foi inserido no título I, cujos

dispositivos se referem ao empresário individual, com o acréscimo da expressão título I-A. Para outros (Fabio Ulhoa e Marlon Tomazette) é possível que a EIRELI seja formada também por uma pessoa jurídica, ante a inexistência de proibição legal e da interpretação resultante do parágrafo 2º do artigo 980-A do Código Civil:

“Todavia, diante da posição da EIRELI no Brasil não vemos qualquer impedimento. Embora normalmente ligada a pessoas físicas, nada impede no nosso ordenamento jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas, inclusive as de fins não empresariais para o exercício de atividades lucrativas subsidiárias. Isso é o que se depreende do próprio caput do art. 980-A que diz que a EIRELI “será constituída por uma única pessoa” sem especificar ou delimitar. Outrossim, a restrição constante do § 2º do mesmo artigo 980-A dirigida especificamente a pessoas físicas, mostra que essa não é a única possibilidade de constituição da EIRELI. Ademais, reitera-se que a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica. Apesar disso reconhecemos que tal expediente será muito mais útil às pessoas físicas. (TOMAZETTE, 2014, p. 62).

O titular da EIRELI poderá constituí-la de forma originária ou derivada. A primeira ocorre logo no início do exercício individual da empresa, enquanto a segunda se dá para a continuação de uma atividade que já era exercida, tal como mencionado no parágrafo terceiro do artigo 980-A ao estabelecer que “a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração”. Entre tais motivos, pode-se citar a retirada dos demais sócios, exclusão, falecimento sem ingresso dos herdeiros ou ainda aquisição de todas as quotas sociais por um único sócio. Portanto, desde que o sócio remanescente de uma sociedade não opte pela dissolução, a pessoa jurídica poderá ser mantida, mas sob outra forma, ou seja, com a transformação de sociedade em EIRELI, devendo, contudo, serem cumpridas as exigências do novo tipo a ser criado, à vista do disposto no artigo 1.033, parágrafo único do Código Civil.

Finalmente, havendo omissão no regramento legal da empresa individual de responsabilidade limitada, deverá recorrer-se, naquilo que couber, que for compatível, às regras previstas para a sociedade limitada. Aliás, baseado nesse parágrafo, há autores, conforme já destacado, que consideram ter sido introduzida na ordem jurídica, a partir da edição do artigo 980-A do Código Civil, a figura da sociedade limitada unipessoal, designada pela expressão de EIRELI.

Embora seja uma modificação relativamente recente, tendo a Lei 12.441 de 11 de julho de 2011 entrado em vigor 180 dias após essa data, já se pode extrair da Jurisprudência decisões que confirmam a importância do novo instituto jurídico.

Nesse sentido o acórdão emitido pelo E. TJSP no Agravo de Instrumento 2036740-98.2015.8.26.0000:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PRETENSÃO PENHORA DE BENS DE TITULARIDADE DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) CONSTITUÍDA PELO DEVEDOR INADMISSIBILIDADE patrimônio da empresa constituída pelo devedor que não se confunde com o patrimônio desta empresa cujo capital social é constituído por um único titular figura empresária criada pela Lei nº 12.441/2011 que se equipara, para fins de responsabilização de seu titular, à sociedade limitada impossibilidade de constrição de bens da empresa, que não figura no polo passivo da execução pretensão de penhora das cotas do capital social não conhecimento pedido ainda não apreciado pelo juiz de 1º grau apreciação nesta sede recursal que seria açodada e representaria indevida supressão de um grau de jurisdição agravo parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

6. Conclusão

O fornecedor, que exerce atividade econômica organizada, é, antes de mais nada, um empreendedor, uma pessoa que pretende desenvolver um negócio voltado à produção ou circulação de bens ou serviços. Independente do ramo de atividade econômica que pretende

atuar, deverá fazer uma opção, com reflexos absolutamente distintos em relação ao seu próprio patrimônio particular e de terceiros, isto é, poderá atuar de forma unipessoal ou pluripessoal. Utilizando-se da linguagem do Código Civil de 2002, que passou a adotar a teoria da empresa, em substituição à teoria dos atos de comércio, o empreendedor poderá constituir uma empresa, entendida esta como sinônimo de atividade econômica, na forma de empresário ou sociedade empresária.

Se organizar um negócio sozinho, de forma unipessoal, como empresário individual, não será considerado, para fins de responsabilidade patrimonial, uma pessoa jurídica. Desse modo, o patrimônio particular do empreendedor será atingido, executado, pelas dívidas resultantes do negócio ante a inexistência de limitação de responsabilidade, de separação entre o patrimônio particular e o patrimônio relativo à atividade econômica. Nessa hipótese, do fornecedor unipessoal, desnecessário que os credores, entre os quais se encontra o consumidor, recorram a qualquer expediente ou ferramenta jurídica capaz de lhes assegurar direito sobre o patrimônio pessoal do empreendedor.

Entretanto, se esse mesmo empreendedor tiver um sócio, constituirá uma pessoa jurídica denominada sociedade empresária, que após registro do contrato social no órgão competente, adquire personalidade jurídica própria, com diversas consequências, entre as quais a autonomia patrimonial. Empresário não é mais a pessoa física, a pessoa natural, mas a sociedade empresária, que assume responsabilidade patrimonial em relação às obrigações contraídas perante terceiros, entre as quais eventual reparação de dano devido ao consumidor. Trata-se do fornecedor pluripessoal. Se essa técnica jurídica de separação entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da sociedade constituiu importante meio para o incentivo da iniciativa privada, fundamento do princípio constitucional da livre iniciativa, e do próprio desenvolvimento econômico do país, também passou a ser utilizada para fraudes e abusos perpetrados por sócios ou administradores da sociedade em detrimento dos seus credores.

Como forma de procurar coibir esse desvio de finalidade, surgiu a teoria da descon sideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, que, no âmbito consumerista, assumiu, no dispositivo mais polêmico, contornos bastante rigorosos, ao ponto de muitos considerarem que sua aplicação estaria fragilizando ou até mesmo negando a existência da pessoa jurídica, posto que estabelece que a personalidade da pessoa jurídica poderá ser descon siderada, descartada, sempre que, de alguma forma, constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores(artigo 28, § 5º do CDC).

Antes do acréscimo do artigo 980-A ao Código Civil, a atividade econômica, a empresa, somente poderia ter como forma de constituição jurídica a figura do empresário individual, com os riscos ao patrimônio particular do empreendedor, ou a sociedade empresária, que algumas vezes era constituída tão somente para permitir a separação patrimonial e conseqüente limitação dos riscos, sem a conjugação efetiva e real de esforços e recursos, elementos que caracterizam uma sociedade. A partir da criação da empresa individual de responsabilidade individual, tornou-se possível a limitação de responsabilidade em relação ao empreendedor unipessoal, à pessoa natural que pretende constituir um negócio sozinho, sem sócios, permitindo a proteção de seu patrimônio particular, minimizando os riscos, inerentes a qualquer tipo de atividade econômica. Aplica-se à EIRELI, que é um fornecedor unipessoal distinto do empresário individual, a desconsideração da personalidade jurídica, dada a possibilidade de mau uso desta pessoa jurídica pelo seu titular, tal como ocorre com os sócios e administradores de uma sociedade.

A despeito das críticas, sobretudo dos doutrinadores que atuam na seara do direito civil e empresarial, a teoria da desconsideração tem regramento específico nas relações de consumo, o que legitima não apenas sua aplicação, bem como demonstra a necessidade da análise do caso concreto pelo juiz, que atuará com especial prudência e cautela, para determinar o emprego adequado da desconsideração com o objetivo de assegurar o princípio da efetividade, o direito do consumidor ao ressarcimento integral dos prejuízos causados tanto pelo fornecedor pluripessoal, que é a sociedade, quanto pelo fornecedor unipessoal denominado EIRELI, já que a desconsideração não se aplica ao empresário individual.

Referências

BRASIL. Constituição (1988) – Constituição da República Federativa do Brasil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

BRUSHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CLÉVE, Cleverson Mérlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

COSTA MACHADO, Antonio Cláudio (Org.). *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo: Manole, 2013.

GRINOVER, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Gen, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 932, 2013.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.