

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

RELATOR : **MINISTRO ARI PARGENDLER**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS
RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS
ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

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.*

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por maioria, não conhecer de ambos os recursos especiais. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrichi os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2003(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora p/ Acórdão



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública contra B-Sete Participações S/A, respectivos administradores, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antonio Lunardelli Neto, e conselheiros, Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, bem assim contra Administradora Osasco Plaza Shopping S/C Ltda., para vê-los condenados

"... a reparar os danos morais e/ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido aos 11 de junho de 1996 no Osasco Plaza Shopping, ressarcindo as vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e dependentes, mediante indenização, cuja extensão deverá ser apurada em liquidação de sentença, a ser promovida pelos interessados e legitimados (art. 97 do CDC); bem como a pagar todas as verbas da sucumbência" (fl. 67, 1º vol.).

O MM. Juiz de Direito Dr. Manoel Barbosa de Oliveira julgou procedente o pedido

"... para condenar os réus, nos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) a reparar os danos morais e ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido em 11 de junho de 1996 nas dependências do Osasco Plaza Shopping, ressarcindo as vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e ou dependentes, indenização cujo montante deverá ser apurado em liquidação de sentença de acordo com o art. 97 da Lei 8.078/90" (fl. 1.437, 8º vol.).

A Egrégia Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador José Osório, reformou, em parte, a sentença para "afastar a responsabilidade solidária dos apelantes-administradores-pessoas físicas, que devem responder apenas subsidiariamente pela reparação do dano" (fl. 2.023, 11º vol.).

Lê-se no julgado:

Superior Tribunal de Justiça

"Trata-se do grave acidente ocorrido no Osasco Plaza Shopping, em 11.06.96, consistente em explosão por acúmulo de gás em espaço livre entre o piso e o solo, acarretando a danificação de mais de 40 lojas e locais de circulação, resultando em 40 mortos e mais de 300 feridos" (fl. 2.002, 11º vol.).

"Convém lembrar que o acidente se deu em hora do almoço, às 12:15 h, em época de muito movimento, às vésperas do 'dia dos namorados', nas imediações da 'praça de alimentação', local destinado a bares, restaurantes e lanchonetes, e naturalmente procurado por freqüentadores de shopping, funcionários e fregueses de lojas, bem como por vizinhos" (fl. 2.003/2.004, 11º vol.).

"Entre o Shopping e os freqüentadores estava estabelecida autêntica relação de consumo. Como sujeito ativo, o freqüentador, credor do serviço ofertado. Como sujeito passivo, o Shopping, devedor da prestação do serviço. O objeto dessa relação é a própria prestação do serviço. O fato jurídico deflagrador da relação é o ingresso do freqüentador no ambiente em que os serviços eram ofertados. E o quarto elemento da relação (para usar o mesmo critério do Prof. Leães) é a garantia, consistente no amparo que a ordem jurídica dá à relação.

Com a ocorrência da explosão, brotaram novas e numerosíssimas relações jurídicas, agora típicas relações de débito e crédito, de natureza patrimonial, ligadas ao dever de indenizar, com fundamento, entre outros, nas disposições do CDC.

As interpretações dos apelantes, segundo as quais não há relação de consumo entre Shopping e consumidor, levam, data venia, a resultado absurdo com grave ofensa ao mínimo de realismo jurídico indispensável a qualquer decisão.

O evento danoso sofrido por pessoas que foram convidadas a consumir e que ocorreu dentro de um templo, de uma Catedral do Consumo, seria considerado - através de sutis argumentos - alheio ao ambiente jurídico de consumo.

A propósito da concepção moderna e realista sobre a natureza e a atuação dos Shoppings, veja-se o que disse o então Desembargador, e hoje o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em artigo de doutrina:

'Assim, o shopping center é uma atividade empresarial, configurando uma unidade de serviços, que integra em espaço

Superior Tribunal de Justiça

determinado o empreendedor, os lojistas e o público, daí decorrendo relações jurídicas típicas entre o empreendedor, os lojistas e o público' - fl. 97 destes autos. RT 651/237" - (fl. 2.007, 11º vol.).

"Também não há que se falar em cerceamento de defesa ou ausência do devido processo legal, pois a prova pretendida dizia respeito exatamente à demonstração de inocorrência de ato ilícito praticado pelos réus inócua, no caso" (fl. 2.008, 11º vol.).

"O fato fundamental - ocorrência da explosão e os danos daí decorrentes - é expressamente admitido pelos réus, que também aceitam as conclusões do laudo técnico do Instituto de Criminalística - fl. 1513 e ss.

Assim, não havia necessidade de produção de outras provas, tendo em vista os critérios lógicos, rigorosamente corretos, seguidos pela r. sentença, ou seja, adoção da responsabilidade objetiva consagrada pelo CDC.

Não houve igualmente cerceamento de defesa pela circunstância de o julgamento antecipado haver impedido os réus de provar a ocorrência de fato de terceiro a ponto de excluir o dever de indenizar.

Os réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria. Como titulares do shopping, em cujas dependências deu-se a explosão, respondem objetivamente pelos danos, independentemente de apurar-se ou não a responsabilidade de outros agentes que tenham participado da cadeia de causalidade. Contra esses, poderão os réus agir regressivamente, com ampla oportunidade para produzir prova. A produção dessa prova no presente processo é inócua e prejudicial à defesa dos consumidores" (fl. 2.009, 11º vol.).

"A preliminar de ilegitimidade ativa por parte do M.P. também não procede.

Diz o art. 81 do CDC:

'A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de (...).

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim

Superior Tribunal de Justiça

entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, existe previsão legal para a defesa coletiva de direitos individuais decorrentes de origem comum.

Para tal defesa está legitimado o Ministério Público, nos termos do artigo seguinte - art. 82, I (vide, fl. 2.059, 12º vol.).

Em consonância com tais preceitos, o art. 117 do CDC fez inserir na Lei da Ação Civil Pública - L. 7.347/85, mais um artigo (nº 21), a saber:

'Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o CDC, dispositivos esses que tratam da defesa do consumidor em Juízo - art. 81 e seguintes'.

Assim, do ponto de vista do direito positivo brasileiro, dúvida não há quanto à legitimidade do M.P. para a propositura da presente ação. Ainda que individuais e disponíveis os direitos das vítimas, são eles homogêneos, isto é, decorrentes de origem comum" (fl. 2.011, 11º vol.).

"Os apelantes apegam-se à frase 'no que for cabível' constante do referido art. 21 da Lei 7.347/85, entendendo que não cabe, no presente processo, a atuação do M.P., que estaria se afastando de suas funções, constitucionalmente previstas.

A falha grave e irremediável da defesa dos apelantes e da opinião dos doutos pareceristas está na circunstância de haverem considerado isoladamente as relações jurídicas que se estabeleceram entre ofensor e vítimas.

Na verdade, não se trata de mera somatória de fatos isolados e de danos individuais.

Talvez por isso defesa e parecerista tenham chegado à surpreendente conclusão de que 'não houve impacto de massa' - fl. 1.530.

Num átimo, surgiram mais de 300 (trezentas) vítimas diretas.

Quantos mais precisariam morrer, ou sofrer ferimentos, para haver 'impacto de massa' ?

Embora utilizando-se de expressões como 'lamentável evento', 'trágica explosão', etc., só se cuidou da análise

Superior Tribunal de Justiça

teórica e asséptica da individualidade e indisponibilidade dos interesses e direitos feridos.

Ignorou-se o fator catástrofe, que impõe tratamento jurídico diverso para todo o episódio e suas conseqüências.

Todas as vítimas passam a formar um grupo definível por um ponto comum, ou seja, o mesmo fato jurídico lesante. Nessas condições, muitas vezes até surgem associações dos infelizes.

Fatos de tal envergadura, quando oriundos de ato ou falha humana, lesam também uma infinidade de direitos difusos.

Foi o que se verificou no caso dos autos. Serviços hospitalares congestionados, serviços de socorro e de transporte com enorme sobrecarga, o mesmo se podendo falar dos serviços policiais, de trânsito, etc" (fl. 2.010/2.012, 11º vol.).

"O fato de os arts. 127, caput, e 129, III, da C.F., atribuírem ao M.P. a defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis não impede que a lei amplie o campo de atuação, como já se viu da jurisprudência retro citada. Tanto é assim que o inciso IX do mesmo art. 129 dispõe que o M.P. poderá

'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade' (...).

E como se viu dos ns. 3.4 e 4.1 retro, nada mais compatível com a finalidade do M.P. do que atuar eficazmente no contexto da tragédia que abalou gravemente a ordem social.

Na verdade, basta a leitura do caput do art. 127 (defesa dos interesses sociais) para verificar que está presente a legitimidade do M.P. e que o art. 21 da Lei 7.347/85 nada tem de inconstitucional.

Não é demais lembrar que a C.F./88 foi enfática na defesa do consumidor: considera-a uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII); ordena que ele, consumidor, seja esclarecido a respeito de tributos incidentes sobre mercadorias e serviços (art. 150, § 5º); eleva sua defesa à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170, V); e ainda estabeleceu prazo curto para elaboração do CDC - art. 48 das DD.TT.

Assim, deve ser afastada qualquer interpretação restritiva que aponte rumo contrário a tão claras disposições constitucionais" (fl. 2.014/2.015, 11º vol.).

Superior Tribunal de Justiça

"Os apelantes apegam-se agora na excludente de responsabilidade prevista no art. 14, § 3º, inciso II, ou seja, culpa exclusiva de terceiro. Isto porque a causa real e específica da tragédia estaria nos vícios de construção, de fiscalização de obra e de fornecimento de GLP e respectiva assistência técnica. Entendem os apelantes que não puderam fazer prova desses fatos, os quais, aliás, seriam suficientes para afastar a procedência da ação" (fl. 2.016/2.017, 11º vol.).

"Eventual sucesso dos apelantes nas demonstrações pretendidas, ou seja, mesmo se fossem aceitas a culpa e conseqüente responsabilidade da construtora, da fiscalizadora e da fornecedora de GLP, em nada estaria afetada a pretensão do autor em demandar contra os ora apelantes, como nenhuma repercussão haveria na esfera de direito das vítimas em relação aos mesmos apelantes.

As vítimas são consideradas consumidoras porque convidadas a entrar num ambiente de compras e pertencente e administrado pelas rés. Evidente o fornecimento de serviços relativos ao lazer, à diversão, à oportunidade de compras. Nesse ambiente existem vias e praças, que não são dos lojistas nem do Poder Público. São do próprio shopping. Esses serviços deviam ser fornecidos em condições de segurança, e não o foram. Essa segurança devia ser prestada pelas rés, indiferente e inócuo - nas relações entre vítimas e réus - procurar terceiros, eventuais causadores, ou co-participantes do evento danoso.

O fato de terceiro só é considerado excludente de responsabilidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima.

Por outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo.

É o que aconteceria se o dano proviesse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa.

O fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento" (fl. 2.017/2.018).

"No que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica e conseqüente condenação dos diretores e conselheiros, assiste

Superior Tribunal de Justiça

razão aos apelantes, em pequena parte.

Segundo o art. 28, caput, do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando não houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, etc., por parte de seus dirigentes. Para demonstrar tais circunstâncias, realmente haveria necessidade de dilação probatória.

Ocorre que o § 5º desse mesmo artigo foi além e criou nova hipótese ensejadora da desconsideração ao dizer:

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

Trata-se aqui de circunstância francamente objetiva (qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento), independentemente de atuação culposa por parte dos administradores, consoante já foi dito no item 2.2 retro.

Compreendem-se facilmente as razões de justiça e de equidade que moveram o legislador, consciente ou inconscientemente, na imposição do preceito supra.

As graves e nocivas conseqüências do acaso, da fortuna, melhor dizendo, do azar - incorrentes as excludentes previstas no art. 14 - não devem ser suportadas por uma só das partes envolvidas no negócio de consumo mas também pelas pessoas dos diretores da empresa fornecedora.

Mesmo não aparecendo sinal de fraude, abuso ou ilicitude, essas pessoas, se necessário, são chamadas a contribuir, economicamente, para a reparação do dano. É um desdobramento a mais, imposto pelo direito positivo, da velha teoria do risco criado.

Não há a menor dúvida de que as vítimas também não agiram com culpa. Só tiveram má-sorte. E má-sorte muito superior à dos administradores, os quais, quando muito, só terão perdas patrimoniais.

O vulto da demanda e a decisão de procedência levam à conclusão de que existe - de alguma forma, como diz a lei - obstáculo ao ressarcimento se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas.

São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral.

Superior Tribunal de Justiça

Verifica-se de imediato, ictu oculi, que a liquidação vai encontrar valor vultoso" (fl. 2.019/2.021, 11º vol.).

"Se os elementos constantes dos autos são suficientes para a desconsideração da pessoa jurídica, não são aptos, todavia, para que os administradores sejam tidos desde logo como devedores solidários.

O fundamento da condenação não está na culpa ou na ilicitude de seus atos. Está no risco, na responsabilidade que independe de culpa, consagrada pelo CDC.

Não se pode, portanto, cogitar, nesta demanda, de solidariedade de origem legal, como, por exemplo, a do art. 1.518. Nem mesmo a dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC, pois em todas essas hipóteses sempre se tem em conta a existência de mais de um causador efetivo do dano, ou cúmplice.

No caso dos autos - como proposta e desenvolvida a demanda - as pessoas dos administradores não podem ser vistas como 'causadoras' efetivas do evento. São responsáveis pela reparação sob outro fundamento, que a mera causalidade ou cumplicidade, nos termos do referido § 5º do art. 28, termos esses que não prevêem hipótese de solidariedade, que não pode ser presumida.

A meditação em torno do art. 28 e seus parágrafos leva à convicção de que a responsabilidade prevista no § 5º só pode ser de natureza subsidiária" (fl. 2.021/2.022, 11º vol.).

Seguiram-se embargos de declaração (fl. 2.039/2.045 e 2.047/2.052, 11º vol.).

Daí o presente recurso especial, interposto por B. Sete Participações S/A e Outros, com base no artigo 105, inciso III, letras 'a' e 'c', da Constituição Federal, por violação dos artigos 6º, 330, I, 331 e 535, II do Código de Processo Civil, do artigo 25, IV da Lei nº 8.625, de 1993, dos artigos 2º, 3º, § 2º, 14, § 3º, II, e 28, caput, e § 5º, da Lei nº 8.078, de 1990, artigo 20 do Código Civil e artigo 158, I e § 1º, 1ª parte, da Lei nº 6.404, de 1976, e por divergência jurisprudencial (fl. 2.145/2.208, 12º vol.).

O Ministério Público Federal, na pessoa do eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, opinou "pelo desprovemento do recurso" (fl. 2.432, 13º vol.).

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

Recurso especial interposto por B. Sete Participações S/A, Administradora Osasco Plaza Shopping S/C Ltda., Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli

Legitimidade do Ministério Público

Letra 'a'

Artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993 e artigo 6º do Código de Processo Civil

O Tribunal *a quo* decidiu que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, resulta da conjugação do artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985, que disciplina a ação civil pública, com o artigo 81 da Lei nº 8.078, de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A teor do primeiro:

"Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor"

Por força do segundo:

"Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Superior Tribunal de Justiça

"Ainda que individuais e disponíveis os direitos das vítimas" - está dito no voto do eminente Desembargador José Osório - "são eles homogêneos, isto é, decorrentes de origem comum" (fl. 2.011, 11º vol.).

As razões do recurso especial sustentam que:

"Semelhante interpretação jurisdicional afronta, todavia, os artigos 127, caput, e 129, incs. III e IX da CF (cuja violação constitui objeto do Recurso Extraordinário, sem prejuízo de apreciação incidentaliter tantum nesta sede), e, na órbita do direito federal, o artigo 25, IV, 'a', da Lei 8.625, de 1993 (Lei Orgânica do MP) e o artigo 6º do Código de Processo Civil" (fl. 2.155/ 2.156, 12º vol.).

O artigo 127, caput, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

"Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Já o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, dispõe:

"Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

Quer dizer, B. Sete Participações S/A e Outros atacam o julgado, por meio de recurso extraordinário e de recurso especial, no ponto em que ele reconheceu a legitimação do Ministério Público Federal para a tutela de direitos individuais disponíveis.

O tema, evidentemente, não é de natureza infraconstitucional, pouco importando que o artigo 127, caput, da Constituição Federal tenha um clone legal, como seja, o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993.

Superior Tribunal de Justiça

A respectiva matriz está na Constituição Federal (art. 127, *caput*), e só o Supremo Tribunal Federal pode decidir a respeito.

"Em casos como este" - anotei em 'O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional' - "a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário duplica a discussão em sedes diferentes, uma só delas, o Supremo Tribunal Federal, decidindo definitivamente a causa - e com essa peculiar circunstância de que o recurso especial e o recurso extraordinário, então, versam sobre a mesma matéria à base de idênticas razões, que só diferem na invocação das normas alegadamente contrariadas; num, textos de lei, noutro, da Constituição Federal" (Revista Renovar nº 11, p. 31/39).

Aqui é disso que se trata. As razões do recurso especial foram decalcadas do recurso extraordinário (fl. 2.069/2.075, 12º vol.), e, não obstante o seguimento deste tenha sido negado, a respectiva decisão foi atacada por agravo de instrumento (fl. 2.390, 13º vol.).

Observação: O artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, não foi prequestionado (fl. 2.057/2.060, 12º vol.), a despeito de provocação expressa nos embargos de declaração (fl. 2.041/2.042, 11º vol.). As razões do 1º recurso especial dizem contrariado o artigo 535 do Código de Processo Civil (fl. 2.161/2.162, 12º vol. A se entender que o acórdão recorrido deva ser confrontado com o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, impõe-se a anulação do julgado por ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil.}

Do ponto de vista do artigo 6º do Código de Processo Civil, a seguir transcrito, o recurso especial está prejudicado.

"Art. 6º - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Aqui o Tribunal *a quo* declarou que o Ministério Público está autorizado, por lei, a tutelar direitos individuais homogêneos disponíveis.

Letra 'c'

REsp nº 59.164-3, MG, Relator o Ministro Cesar Rocha

Nesse caso, a Egrégia 1ª Turma *conheceu e negou provimento* (sic) a recurso especial interposto, *pela letra 'a'*, contra acórdão que decidira que o Ministério Público não tinha

Superior Tribunal de Justiça

legitimidade para propor ação civil pública, cujo objeto era "a fixação da responsabilidade ... pelos danos sofridos pelas vítimas do desmoronamento de terras ocorrido na Vila Barraginha" (RSTJ nº 78, p. 115 - fl. 2.211, 12º vol.).

À parte a técnica processual, que não coincide com aquela adotada pelas demais Turmas do Superior Tribunal de Justiça, em que o conhecimento do recurso especial pela letra 'a' implica o respectivo provimento, aquela Turma, data venia, decidiu a causa sob o prisma constitucional, *in verbis*:

"Mas conheço do recurso pela alegada ofensa aos arts. 81, caput, e parágrafo único, II e III, 82, I e 117 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e arts. 1º, IV e 21 da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), ainda que deixando assinalado (sic) se fosse feito um exame rigoroso quanto à sua admissibilidade, o recurso, em verdade, não poderia ser conhecido.

É que, em real verdade, todo o fundamento do bem lançado r. acórdão hostilizado tem um sabor nitidamente constitucional, eis que as suas judiciosas razões estão amparadas pelos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988" (op. cit., p. 116 - fl. 2.212, 12º vol.).

Lê-se no acórdão recorrido, da lavra do eminente Desembargador Corrêa de Martins:

"Observem-se as disposições do art. 129 e respectivos incisos e parágrafos. É indubitoso que dentre as funções institucionais do Ministério Público se insere a promoção, ou iniciativa, do inquérito e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, segundo o inciso III. Já, antes, o art. 127, caput, incumbe à elevadíssima instituição a defesa, dentre o mais que proclama, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A recente Lei nº 8.625, de 12.02.93 (Lei Orgânica do Ministério Público), dispôs, no seu art. 25, inc. IV, alínea 'b', praticamente a mesma coisa, apenas acrescentando, ao lado dos interesses coletivos e dos interesses individuais indisponíveis (combinação dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal), a defesa dos interesses 'individuais homogêneos', como alvo de atuação do Ministério Público pela Ação Civil Pública.

Destarte, a dita ação é atribuição do Ministério Público, na defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais

Superior Tribunal de Justiça

indisponíveis e homogêneos) como resulta da combinação das disposições mandamentais acima citadas com a disposição da lei



Superior Tribunal de Justiça

infraconstitucional também referida" (ib., p. 116 - fl. 2.212, 12º vol.).

Há, portanto, divergência entre os acórdãos, mas sobre matéria constitucional, que não pode ser resolvida em recurso especial.

REsp nº 219.673, SP, Relator o Ministro Garcia Vieira

Aqui o assunto tratado não diz respeito à relação de consumo, e sim à relação tributária, tendo o acórdão decidido que "O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores" (fl. 2.214, 12º vol.) - tudo sem a menor condição de caracterizar a divergência jurisprudencial.

Relação de consumo

Letra 'a'

Artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990

O Tribunal a quo decidiu que os shoppings prestam serviços.

"As interpretações dos apelantes, segundo as quais não há relação de consumo entre Shopping e consumidor, levam, data venia, a resultado absurdo com grave ofensa ao mínimo de realismo jurídico indispensável a qualquer decisão.

O evento danoso sofrido por pessoas que foram convidadas a consumir e que ocorreu dentro de um templo, de uma Catedral do Consumo, seria considerado - através de sutis argumentos - alheio ao ambiente jurídico do consumo" (fl. 2.007, 11º vol.).

As razões do recurso especial dizem:

"Ao enveredar por essa trilha ... a decisão malferiu o art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990. Com efeito, o que está na lei é que o consumidor é 'toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, sendo curial notar que, segundo José Geraldo Brito Filomeno - citado pela sentença para justificar a 'amplitude' do que seja o consumidor moderno - o conceito legal de consumidor se restringe ao aspecto exclusivamente econômico:

'Conceito de Consumidor - Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração

Superior Tribunal de Justiça

tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial" (fl. 2.168/2.169, 12º vol.).

Data venia, isso implica subtrair da realidade um trecho importante, como se os Shoppings só se relacionassem com os respectivos lojistas.

O Ministro Menezes Direito surpreendeu o artificialismo dessa interpretação restritiva, dizendo que "seria de todo inexplicável que esta unidade nova no mundo dos negócios tivesse tratamento jurídico apenas em uma das pontas" (RT nº 651, p. 237 - fl. 97, 1º vol.).

"Hoje" - está dito, com acerto, no acórdão recorrido - "já não se tem qualquer dúvida de que o shopping fornece lazer aos seus freqüentadores, que circulam livremente por suas vias e praças, sejam ou não adquirentes de produtos fornecidos pelas lojas, individualmente. O shopping faz propaganda e promoções em nome e em benefício próprio, tudo para que haja grande número de freqüentadores a circular por vias e praças internas, de forma a dar animação e aumentar a potencialidade das vendas das diversas lojas, de cujas receitas participa diretamente o shopping, conforme se vê dos contratos de locação" (fl. 2.003, 11º vol.).

Letra 'c'

REsp nº 171.283, PR, Relator Ministro Garcia Vieira

Aqui a Egrégia 1ª Turma conheceu e negou provimento a recurso especial interposto pela letra 'a' (sic, vide o que a respeito foi dito retro), mantendo acórdão que declarara a ilegitimidade do Ministério Público para, em ação civil pública, pedir a devolução de valores pagos por adquirentes de lotes à empresa do ramo imobiliário (fl. 2.220/2.259, 11º vol.).

A divergência, alegadamente, resultaria de trecho do voto do Ministro Demócrito Reinaldo, a cujo teor "compradores de terrenos ... não adquirem nem utilizam produto ou serviço como destinatários finais e, por isso, mesmo, não intervêm em relação de consumo. De certo que terreno não é produto nem serviço" (fl. 2.172, 11º vol.).

Sem razão.

Superior Tribunal de Justiça

A um, porque o adquirente de um terreno e o freqüentador de *shopping center* estão em situações fácticas diferentes.

A dois, porque esse acórdão já está superado por precedente da Corte Especial, que reconheceu ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública visando a indenização de adquirentes de imóveis, lesados por cláusula contratual (EREsp nº 141.191, SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ, 1º.08.2000).

REsp nº 97.455, SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo

Nesse recurso especial, a Egrégia 1ª Turma decidiu que "o contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei" (fl. 2.173, 11º vol.).

Nada mais é preciso dizer, para desqualificar a pretendida divergência.

Letra 'a'

Artigo 3º e § 2º da Lei nº 8.078, de 1990

O Tribunal *a quo* decidiu que os freqüentadores dos *shoppings* são consumidores, ainda que não façam compras nas respectivas lojas.

"*Todavia*" - dizem as razões do recurso especial - "o simples passageiro não pode ser considerado consumidor do shopping, porque evidentemente não adquire ou utiliza produto nem contrata serviço como destinatário final. Da mesma forma, na outra ponta, o shopping não fornece serviços de distração e lazer. Distração e lazer, embora possam resultar de uma prestação de serviços, não são serviços em si (depois de pagar o ingresso, o consumidor entra no parque de diversões, desfruta dos brinquedos e, assim, se distrai, etc.)" - fl. 2.174, 11º vol.

Salvo melhor juízo, o acórdão recorrido respondeu a isso, com vantagem:

"*Esse tema (da onerosidade de alguns serviços prestados pelos shoppings) já pode ser tido como definitivamente resolvido no direito brasileiro. Mesmo antes da vigência do CDC, firmou-se jurisprudência no sentido de que as empresas, particularmente as de supermercado e as de shopping center, devem indenizar as vítimas de furto de veículo em seus estacionamentos, haja ou não remuneração pela estadia.*"

Superior Tribunal de Justiça

Essa orientação consolidou-se na súmula nº 130 do STJ, a saber:

'A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento'.

O exame dos acórdãos referidos pela súmula revela o uso de expressões como 'ainda que gratuito'; 'serviço prestado no interesse do próprio incremento do comércio'; 'ainda que não cobre por esse serviço destinado a atrair a clientela'; 'atrair clientes'; tudo a deixar clara a existência de uma 'remuneração indireta' em favor da empresa.

Em suma, a atração de clientes e o fornecimento de vantagens não é considerado ato gratuito ou de liberalidade. O dano sofrido pelo cliente vai ser reparado segundo os princípios rígidos do ato oneroso e não do ato de liberalidade" (fl. 2.005, 11º vol.).

Julgamento antecipado da lide

Letra 'a'

Artigo 14, § 3º, II da Lei nº 8.078, de 1990 e artigos 330, I e 331 do Código de Processo Civil

O Tribunal a quo decidiu que, ainda quando fosse demonstrada a culpa da construtora do shopping, e/ou da empresa que fiscalizou a obra e/ou daquela que forneceu o gás, a responsabilidade de B. Sete Participações S/A e Outros subsistiria.

"Se" - lê-se nas razões do recurso especial - "a lei é clara em dizer que o fornecedor não será responsabilizado se provar a culpa exclusiva de terceiro (cfr. art. 14, § 3º, II, do CDC), então, quando o acórdão afirma que, mesmo se fossem aceitas as culpas das três autoras envolvidas, 'nenhuma repercussão haveria', está arrostando o disposto nesse tópico legal que autoriza a isenção de responsabilidade do fornecedor, nessa hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

O acórdão nega uma consequência que a lei expressamente concede (a exoneração de responsabilidade) e recusa a possibilidade de se obter essa exoneração, denegando o direito dos Rectes. de provar a culpa exclusiva dessas terceiras" (fl. 2.184, 12º vol.).

O exato dimensionamento da questão exige que se defina quem é o terceiro referido no artigo 14, § 3º, II, do Código de

Superior Tribunal de Justiça

Defesa do Consumidor.

O Tribunal *a quo*, acertadamente, identificou esse terceiro no seu sentido estrito, *in verbis*:



Superior Tribunal de Justiça

"O fato de terceiro só é considerado excludente de responsabilidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima.

Por outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo.

É o que aconteceria se o dano proviesse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa.

O fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento" (fl. 2.017/2.018, 12º vol.).

Nessa linha, o julgamento antecipado da lide está plenamente justificado, sem qualquer ofensa aos artigos 330, I e 331 do Código de Processo Civil, porque a culpa das aludidas empresas - se demonstrada - não exoneraria, mesmo, B. Sete Participações S/A e Outros da responsabilidade.

Letra 'c'

REsp nº 8.839, SP, Relator o Ministro Waldemar Zveiter

A Egrégia Terceira Turma decidiu que, girando a controvérsia em torno dos fatos, o MM. Juiz de Direito não poderia ter indeferido a prova pericial, requerida por ambas as partes (fl. 2.265/2.274, 13º vol.).

RE nº 108.770-6, RJ, Relator o Ministro Carlos Madeira

O Supremo Tribunal Federal anulou o processo, nesse precedente, porque os fatos eram "não só pertinentes, mas relevantes" e, não obstante as partes tivessem confluído, "pelo menos, no pedido de perícia para quantificar os prejuízos alegados pelo autor", a causa foi julgada antecipadamente (fl. 2.287, 13º vol.).

REsp nº 13.515-0, PR, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo

A Egrégia Quarta Turma decidiu que o juiz deve "permitir a produção de provas pelas partes fundamentadamente requeridas que, em razão da pertinência e relevância dos fatos a que se referem,

Superior Tribunal de Justiça

possam influir decisivamente na solução do litígio" (fl. 2.290, 13º vol.).

REsp nº 85.037, MA, de que fui relator

A Egrégia Segunda Turma anulou o processo porque não é caso de julgamento antecipado da lide, "quando a documentação que instrui a petição inicial é insuficiente à demonstração do direito do autor, que requereu a produção de provas, e quando, concomitantemente, o réu nega esse direito, protestando por infirmá-lo na dilação probatória" (fl. 2.305, 13º vol.).

REsp nº 39.786-3, SP, Relator o Ministro Pádua Ribeiro

A Egrégia Segunda Turma anulou o processo, porque o juiz se precipitou "ao decidir a lide antecipadamente, sem dar oportunidade às rés de produzir as provas requeridas, nas respectivas contestações, especialmente a prova pericial, equívoco esse endossado pelo acórdão recorrido" (fl. 2.331, 13º vol.).

Todos os acórdãos acima resumidos, indicados como paradigmas, partiram do pressuposto de que a prova era necessária ao desate da lide. Na espécie, e do ponto de vista do acórdão recorrido, a prova era inútil, porque não influenciaria o desfecho da causa - circunstância suficiente para descaracterizar a alegada divergência jurisprudencial.

A responsabilidade dos administradores e dos conselheiros

Letra 'a'

Artigos 28, caput, e § 5º da Lei nº 8.078, de 1990, artigo 20 do Código Civil e artigo 158, I e § 1º, primeira parte, da Lei nº 6.404, de 1976

O Tribunal a quo decidiu que os administradores, aí incluídos os conselheiros de B. Sete Participações S/A, respondem subsidiariamente pelos danos causados, independentemente "de fraude, abuso ou ilicitude" (fl. 2.020, 11º vol.).

Lê-se no voto condutor:

"No que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica e conseqüente condenação dos diretores e conselheiros, assiste razão aos apelantes, em pequena parte.

Segundo o art. 28, caput, do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando

Superior Tribunal de Justiça

houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, etc., por parte de seus dirigentes. Para demonstrar tais circunstâncias, realmente haveria necessidade de dilação probatória.

Ocorre que o § 5º desse mesmo artigo foi além e criou nova hipótese ensejadora da desconsideração ao dizer:

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

Trata-se aqui de circunstância francamente objetiva (qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento), independentemente de atuação culposa por parte dos administradores, consoante já foi dito no item 2.2. retro" (fl. 2.019/2.020, 11º vol.).

"O fato" - dizem as razões do recurso especial - "é que o acórdão, apesar de não reconhecer 'qualquer comportamento inadequado juridicamente (por parte dos administradores), considerou isoladamente a expressão 'qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento', do § 5º do artigo 28, para entendê-la como 'circunstância francamente objetiva' e culminou por atingir o patrimônio dos Rectes., membros do Conselho de Administração da B. Sete Participações S/A, ferindo não só o art. 28, caput, e seu § 5º, do CDC, mas também o disposto no art. 20 do Código Civil e o na Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 158, I e seu § 1º, 1ª parte" (fl. 2.199, 12º vol.).

No magistério de Pontes de Miranda:

"Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem" (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo I, p. 288).

O artigo 28, caput, do Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da 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".

Candido Dinamarco, com apoio em Fábio Ulhoa Coelho,

Superior Tribunal de Justiça

observou que:



Superior Tribunal de Justiça

"Na realidade o caput do art. 28 está cuidando da responsabilidade direta dos sócios, em matéria que conceitualmente não se integra no fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica. É regra comum de direito societário a de que os sócios respondem em nome próprio (e não por desconsideração) quando atuam com abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos societários ou quando pratiquem, na qualidade de sócios, certos atos ilícitos. Tal ilicitude é sempre de direito societário e, para ter a conseqüência descrita no art. 28, sequer seria necessário este" (parecer - fl. 1.692/1.693, 9º vol.).

E concluiu:

"... quando a lei manda desconsiderar a personalidade jurídica como meio de remover obstáculos ao ressarcimento (CDC, art. 28, § 5º) as formas pelas quais se houverem criado tais obstáculos não podem ser os mesmos fatos dos quais haja emergido a obrigação de indenizar. Interpretação contrária significaria - tanto quanto a que se repudiou no tópico precedente - haver por derogada a regra da autonomia das pessoas jurídicas em face dos sócios (CC, art. 20) e a limitação da responsabilidade nas sociedades anônimas ou por quotas" (parecer, fl. 1.694, 9º vol.).

No mesmo sentido, o parecer de Waldírio Bulgarelli (fl. 864/890, 5º vol.):

"Afora, pois, os casos de falência ou insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração, os demais casos arrolados como fatos a serem subsumidos pela norma se referem a figuras a bem dizer delituosas, e note-se, que tenham sido utilizados contra o consumidor, ou como diz a própria lei, no § 5º do art. 28 cit., como obstáculos.

Tecnicamente, em termos de redação legislativa trata-se de uma daquelas chamadas pela doutrina, hoje, regras de decisão, cabendo ao juiz, aliás, como em outras que o Código contém, como a da inversão da prova, etc., decidir perante o caso concreto" (fl. 884, 5º vol.).

Com efeito, sem a presença de uma dessas circunstâncias, o suporte fáctico do artigo 28, caput, não se completa, e, portanto, não incide a aludida norma jurídica - nada importando que o § 5º aparente que a desconsideração da pessoa jurídica possa ser mero efeito da necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores, *verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

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

Na técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do *caput*.

Recurso especial interposto por Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto

Letra 'a'

Artigo 535 do Código de Processo Civil

As razões do recurso especial sustentam que:

"... o v. acórdão, acolhendo parcialmente os recursos, afastou a responsabilidade solidária das pessoas físicas, por reconhecer a inexistência de indício de conduta ilícita. Manteve, porém, a desconsideração da personalidade jurídica, mas por outro fundamento de fato: o de que estaria configurado o obstáculo ao ressarcimento a que alude o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, posto que o patrimônio das empresas envolvidas seria incompatível com o vulto que atingirão as indenizações.

Como se verifica, a questão foi examinada exclusivamente à luz do dispositivo do CDC, sem enfrentar a sua compatibilização com as normas regentes da matéria, expressamente discutidas no recurso e, ainda, com a introdução de um novo fundamento de fato, que não havia sido objeto da decisão de 1º grau, não tendo sido, pois, submetido ao contraditório.

De sorte que, ante à falta de manifestação explícita sobre os pontos de direito questionados, os recorrentes, por cautela, pedem preliminarmente ao E. Tribunal determinar a remessa dos autos ao Juízo local, a fim de suprir as omissões apontadas, com a prolação de nova decisão em torno dos embargos declaratórios opostos" (fl. 2.343/2.344, 13º vol.).

Ora, essas razões estão prejudicadas pela conclusão de que o artigo 28, § 5º da Lei nº 8.078, de 1990 só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*.

Quer dizer: a omissão não tem repercussões, porque o Tribunal a quo aplicou a norma que, a seu juízo, incidiu.

Superior Tribunal de Justiça

Artigo 20 do Código Civil, Artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, Artigo 158 da Lei nº 6.404, de 1976, Artigos 596, 458, III e 515, § 1º do Código de Processo Civil

A tese de mérito foi acolhida no exame do 1º recurso especial (L. 8.078/90, art. 28), de modo que já não há interesse nas questões processuais (CPC, arts. 458, III, 515, § 1º, e 596).

Voto, por isso, no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, ao 1º recurso especial, bem assim de conhecer e de dar provimento ao 2º recurso especial para excluir Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, assim como Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto, dos efeitos da condenação.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2000/0097184-7

RESP 279273 / SP

PAUTA: 03/05/2001

JULGADO: 03/05/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro: **ARI PARGENDLER**

Presidente

Exmo. Sr. Ministro: **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr.: **JOSÉ ROBERTO SANTORO**

Secretária

Bela: **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B SETE PARTICIPACOES S/A E OUTROS
ADVOGADOS : ATHOS GUSMAO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS
RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS
ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO
RECORRIDO : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente, o Dr. Athos Gusmão Carneiro, pelos primeiros recorrentes.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do primeiro recurso especial e dando-lhe parcial provimento e, conhecendo do segundo recurso especial e dando-lhe provimento, solicitou vista o Sr. Ministro Menezes Direito."

Aguardam os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 03 de Maio de 2001

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária



RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

O Ministério Público de São Paulo ajuizou ação civil pública para defender as vítimas do trágico acidente ocorrido no Osasco Plaza Shopping, em decorrência de violenta explosão. Para a inicial, é consumidor o usuário ou freqüentador do shopping center, no caso, todas as vítimas da explosão, destacando, ainda, os aspectos da responsabilidade civil que justificam a indenização e a legitimidade do Ministério Público. Pede, finalmente, que *“sejam os réus condenados, noas exatos termos do art. 95 do CDC, a reparar todos os danos morais e/ou patrimoniais sofridos por todas as vítimas em decorrência do acidente ocorrido aos 11 de junho de 1996 no Osasco Plaza Shopping, ressarcindo as vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e dependentes, mediante indenização, cuja extensão deverá ser apurada em liquidação de sentença, a ser promovida pelos interessados e legitimados (art. 97 do CDC); bem como a pagar todas as verbas da sucumbência”*.

A sentença (fls. 1409 a 1437, vol. 8) julgou procedente o pedido nos termo do pedido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação dos réus *“apenas para a finalidade de afastar a responsabilidade solidária dos apelantes-administradores-pessoas físicas, que devem responder apenas subsidiariamente pela reparação do dano, confirmando-se, no mais, a r. sentença, por seus sólidos fundamentos”*. Entendeu o acórdão recorrido: **a)** que a questão está submetida ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 2º e 3º, § 2º); **b)** a sentença está bem fundamentada, deixando claro que foi aplicado o Código de Defesa do Consumidor, alcançando a teoria da responsabilidade objetiva, dispensadas as provas ligadas à demonstração de culpa, inexistente qualquer afronta aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 131 e 458 do Código de Processo Civil ; **c)** não existe cerceamento de defesa ou ausência do devido processo legal, *“pois a prova pretendida dizia respeito exatamente à demonstração da inocorrência de ato ilícito praticado pelos réus, inócua, no caso”*, sendo que *“não houve igualmente cerceamento de defesa pela circunstância de o julgamento antecipado haver impedido os réus de provar a ocorrência de fato de terceiro a ponto de excluir o dever de indenizar”*, vez que estão eles sendo demandados *“em razão de responsabilidade própria”*; **d)** não cabe a denunciação à lide porque não admitida *“na*

Superior Tribunal de Justiça

temática do CDC”; e) a inicial não é inepta, preenchendo os requisitos legais, optando pela responsabilidade objetiva e referindo-se às mortes e ferimentos; f) o Ministério Público é parte legítima nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, presente o art. 21 da Lei nº 7.347/85; g) “são ingratas as tentativas dos réus de argüir preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse de agir e de levantar a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei da Ação Civil pública, de forma a entender que o M.P. não podia pleitear direitos individuais disponíveis”; considerou o acórdão recorrido que o “fato de os arts. 127, **caput**, e 129, III, da C.F., atribuírem ao M.P. a defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis não impede que a lei amplie o campo de atuação, como já se viu da jurisprudência retro citada”, mencionando o inciso IX do art. 129 da Constituição Federal, lembrando que o art. 21 nada tem de inconstitucional e que a própria Constituição é enfática na defesa dos direitos do consumidor; h) no mérito, a ação é de “manifesta procedência”, admitida a relação de consumo; a insistência dos recorrentes sobre a culpa exclusiva de terceiro não colhe porque, como já afirmado, são eles “demandados em razão de responsabilidade própria, originária da relação de consumo estabelecida entre as vítimas e os titulares do shopping”; o “fato de terceiro só é considerado excludente de responsabilidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima”, ou seja “que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo”, assim se o dano “provisse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa”; no caso, o fato de terceiro alegado pelos apelantes “prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento”; i) têm razão os apelantes, em pequena parte, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, que só cabe, segundo o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, quando houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito, havendo para tanto necessidade de dilação probatória, mas aplicou o § 5º do mesmo artigo, impondo-se a responsabilidade subsidiária, afastando-se, portanto, a responsabilidade solidária.

Os embargos de declaração foram rejeitados, feita, apenas, correção de erro material. Foram interpostos dois especiais.

O eminente Relator, Ministro **Ari Pargendler**, conheceu e proveu os especiais para excluir dos efeitos da condenação Gian Paolo Zanoto, Ubirajara Kyrillos, Maria Carla

Superior Tribunal de Justiça

Lunardelli, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antonio Lunardelli Neto.

Quanto ao primeiro recurso, o eminente Relator: **a)** considerou que o tema da legitimidade do Ministério Público foi desafiado no plano constitucional, não sendo tema de natureza infraconstitucional; **b)** entendeu que existe relação de consumo porque o shopping não se relaciona apenas com os lojistas, mas, também, com os seus freqüentadores, afastando a alegada violação do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor diante da jurisprudência consolidada da Corte de que o supermercado e o shopping center respondem pelo furto de veículo em seu estabelecimento mesmo sem que haja remuneração pelo estacionamento; **c)** não vislumbrou cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide “*porque a culpa das aludidas empresas – se demonstrada – não exoneraria, mesmo B. Sete Participações S/A e outros da responsabilidade*”; **d)** não há incidência do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor porque está ausente o suporte fáctico do art. 28, **caput**, considerando, ainda, que na “*técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do caput*”. Para o Relator não há dissídio, tal e qual explicitou sob cada item, analisando os paradigmas apresentados.

Quanto ao segundo recurso, o eminente Relator: **a)** afastou a violação do art. 535 do Código de Processo Civil no que concerne à responsabilidade solidária dos administradores porque foi a questão examinada à luz do Código de Defesa do Consumidor, “*sem enfrentar a sua compatibilização com as normas regentes da matéria, expressamente discutidas no recurso e, ainda, com a introdução de um novo fundamento de fato, que não havia sido objeto da decisão de 1º grau, não tendo sido, pis, submetido ao contraditório*”; **b)** estão prejudicadas as razões apontadas “*pela conclusão de que o art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078, de 1990 só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do caput*”; **c)** acolhida a tese de mérito, não há mais interesse nas questões processuais.

Vamos examinar o primeiro recurso especial.

O ponto inaugural é sobre a ilegitimidade ativa do Ministério Público, apontando-se como violado o art. 25, IV, da Lei nº 8.625/93 e 6º do Código de Processo Civil. Como vimos, o ilustre Relator desqualificou a argüição infraconstitucional considerando que o tema foi posto no plano da Constituição Federal.

A leitura do acórdão recorrido demonstra que houve a configuração da legitimidade ativa na cobertura da existência de direitos individuais homogêneos, “*assim entendidos os decorrentes de origem comum*”, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do

Superior Tribunal de Justiça

Código de Defesa do Consumidor, lembrando que para tanto ganhou a Lei nº 7.347/84 o acréscimo do art. 21. E identificou a origem comum na explosão ocorrida e que provocou os danos objeto do pedido de reparação. Mas, o certo é que o acórdão recorrido cuidou de desafiar, basicamente, a alegação dos apelantes no sentido de que a atuação do Ministério Público “estaria se afastando de suas funções, constitucionalmente previstas”, tudo para apresentar a inconstitucionalidade do citado art. 21, “de forma a entender que o M.P. não podia pleitear direitos individuais disponíveis”. No ponto, considerou o acórdão recorrido que o “fato de os arts. 127, caput, e 129, III, da C.F., atribuírem ao Ministério Público a defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis não impede que a lei amplie o campo de atuação, como já se viu da jurisprudência retro citada”, invocando o inciso IX do mesmo art. 129 que dispõe poder o Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)”, nada sendo mais “compatível com a finalidade do M.P. do que atuar eficazmente no contexto da tragédia que abalou gravemente a ordem social”. Para o acórdão recorrido, “basta a leitura do caput do art. 127 (defesa dos interesses sociais) para certificar que está presente a legitimidade do M.P. e que o art. 21 da Lei nº 7.347/85 nada tem de inconstitucional”.

Já se sabe que modernamente a tendência tem sido a de ampliar o sistema de tutela dos interesses difusos ou coletivos. Tratando do mandado de segurança coletivo, antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, **Ada Pellegrini Grinover**, ofereceu preciosa lição:

“A doutrina já se havia encarregado de fazer a distinção entre interesses difusos e coletivos, que agora a Constituição incorpora, referindo-se-lhes no art. 129, III. Não há dúvida de que tanto os interesses difusos como os coletivos pertencem à categoria dos metaindividuais, sendo todos indivisíveis, e titularizando-se em porções mais ou menos amplas da coletividade. A diferença consiste em que se entende por difusos aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, ligadas que são apenas por circunstâncias de fato, contingentes ou variáveis, como as de habitarem a mesma região ou o mesmo bairro, participarem de certos empreendimentos, consumirem determinados produtos. Situam-se nessa espécie interesses espalhados e muito amplos, p. ex., os que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos.

Já nos interesses chamados coletivos, existe um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo: como os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, as pessoas interessadas na preservação ambiental ou na

Superior Tribunal de Justiça

eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou classe.

Mas tanto na primeira como na segunda categoria, claramente exsurge a posição dos detentores de direitos individuais, titularizados nas mãos daquelas pessoas que sofrem uma lesão ou um perigo de lesão em decorrência do dano, real ou potencial, coletivamente causado. São esses direitos individuais tão homogêneos, por sua origem comum, que também se lhes pode dar tratamento coletivo: inserem-se aqui a reparação do dano pessoalmente sofrido em virtude de relações de consumo ou da lesão ecológica, a pretensão de todos os contribuintes de determinado tributo à declaração de sua inconstitucionalidade etc.

*A esses direitos pelo menos em um segundo momento, o sistema de **common law** há muito tempo vem dando tratamento coletivo, por intermédio das **class actions**. O mesmo se dá, no Brasil, a partir da nova Constituição, com os direitos dos filiados a partidos políticos, dos sindicalizados, dos pertencentes a entidades associativas, espontâneas ou compulsórias, a associações as mais diversas. O Projeto do Código de Defesa do Consumidor, aprovado no Senado, explicita a técnica adequada ao tratamento coletivo desses direitos individuais' (Revista de Processo 57/99)".*

Da mesma forma, esta Corte tem considerado a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, considerando a presença de interesse social relevante, assim, por exemplo, quando decidiu no caso dos trabalhadores das minas de Morro Velho “*submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde*”. Na ocasião, assinalei no meu voto o magistério de mestre Barbosa Moreira que destacou que “*alarga-se em medida notável o âmbito de atividade do Ministério Público, investido por sucessivos diplomas legais de legitimação para agir em juízo na defesa de direitos e interesses que nem sempre ultrapassam as divisas do terreno privado*” (Revista da Faculdade de Direito da UERJ, RENOVAR, Rio, nº 3, 1995, pág. 311/312). Destaquei, ainda, a lição de **Milton Flaks** no sentido de que “*não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do Ministério Público promover 'a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos' (art. 129, III) tout court (e não os 'interesses coletivos ou difusos indicados em lei')*” (RDA, RENOVAR, 190/65). Assim, relevei que a “*interpretação que se está acolhendo para prover o especial e afastar a ilegitimidade do Ministério Público leva na devida consideração o interesse social que cabe ao Ministério Público defender a partir da matriz constitucional (artigos 127 e 129*

Superior Tribunal de Justiça

da Constituição Federal) e que se encontra delineado na legislação infraconstitucional própria” (REsp nº 58.682/MG, de minha relatoria, DJ de 16/12/96).

No presente caso, o especial, como assinalou o eminente Relator, cuidou de apontar a interpretação acolhida pelo acórdão recorrido como violadora dos artigos 127, **caput**, e 129, III e IX, da Constituição Federal, trazendo, no plano infraconstitucional, a alegação de que violado o art. 25 da Lei nº 8.625/93. Mas não há como desafiar a regra do art. 25 da Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, que menciona direitos individuais indisponíveis e homogêneos. E não há porque expressamente o fundamento da legitimidade não está, segundo o acórdão recorrido, na disciplina infraconstitucional, mas, sim, no marco do art. 127, **caput**, da Constituição Federal e da constitucionalidade do art. 21 da Lei nº 7.347/85. Se o acórdão recorrido traz a legitimidade da matriz constitucional não tem relevância a exegese infraconstitucional, mesmo porque a referência ao Código de Defesa do Consumidor está, tratando-se de ação civil pública, como se trata, no berço da inovação trazida pelo art. 21, acrescido à Lei nº 7.347/85 pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor. Impugnada a constitucionalidade, rechaçada pelo acórdão recorrido, o plano recursal é do extraordinário. E em tal situação, o especial não tem condições de passagem.

O segundo ponto do especial alcança a existência da relação de consumo, apontando o especial violação dos artigos 2º e 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Pretendem os recorrentes, em bem lançadas razões, amparadas em pareceres de mestres de reconhecido talento, que o conceito de consumidor na disciplina do Código está vinculado ao aspecto econômico, atingindo a cadeia do ciclo econômico, a tanto equivale a expressão “*destinatário final*”. Tenho que a opinião de **Barros Leães**, citada no especial, bem resume a natureza da forte impugnação apresentada. Escreve o ilustre doutrinador que “*se nos ativermos aos exatos termos da lei, e não nos perdermos em meras lucubrações, o simples frequentador que parqueia o seu automóvel no estacionamento (gratuito) de um shopping center, adentra seu recinto e circula pelo Mall, percorrendo as suas galerias, praças e corredores para os quais se abrem as lojas, inclusive visitando-as, sem adquirir ou se utilizar de bens ou serviços, não se torna, ipso facto, um consumidor, pelo menos para efeito da lei protetora, que expressamente requer a realização desses atos de aquisição ou de uso para que uma pessoa assuma essa condição (art. 2º, caput). A lei não agasalha, assim, os conceitos de 'consumidores potenciais', 'consumidores virtuais', e quejandos, que vicejam em textos sociológicos, políticos, ou literários*”.

Superior Tribunal de Justiça

A sempre proveitosa leitura de trabalho doutrinário do eminente jurista **Barros Leães**, contudo, no caso, não me leva a com ele concordar quando descarta a qualidade de consumidor para aquele que frequenta um shopping center.

Em outra oportunidade, procurei demonstrar que o “*shopping center é uma atividade empresarial, configurando uma unidade de serviços, que integra em espaço determinado o empreendedor, os lojistas e o público, daí decorrendo relações jurídicas típicas entre o empreendedor, os lojistas e o público*”. Anotei, ainda, que o shopping center, “*deve ser compreendido como uma unidade. Sendo assim, a sua existência no mundo jurídico há de repercutir não apenas na natureza das relações que se desenvolvem no plano da sua organização (constituição, relações com os comerciantes, res perata, controle sobre a produtividade das lojas, manutenção do **tenant mix**), mas, também, no plano dos consumidores (facilidades oferecidas pela concentração, segurança, estacionamento). Seria de todo inexplicável que esta unidade nova no mundo dos negócios tivesse tratamento jurídico apenas em uma das pontas*” (RT 651/237). Na realidade, o shopping center é, sem sombra de dúvida, uma unidade de serviços, o que significa que como entidade jurídica é um fornecedor de serviços com relação ao público que o frequenta. O serviço está aí identificado com a oferta concentrada de alternativas de compra e lazer para os seus frequentadores, que, portanto, adquirem a natureza de consumidores de tais serviços. O consumidor, assim o frequentador, usa o serviço oferecido pelo shopping center, havendo outra relação jurídica entre este frequentador e as lojas e serviços que se encontram em seu interior. Há, portanto, na minha compreensão, uma relação de consumo, na modalidade de serviço, entre o frequentador do shopping e a entidade jurídica respectiva e uma relação de consumo entre esse mesmo frequentador e as entidades jurídicas que se encontram reunidas naquele espaço determinado. Não há como aceitar que exista, apenas, relação jurídica entre o shopping center e as empresas instaladas dentro dele. Negar a relação jurídica do shopping center, como unidade de serviços, e os frequentadores é negar a realidade. Com isso, creio, fica afastada a impugnação apresentada no especial no sentido de que “*o simples passante não pode ser considerado consumidor do 'shopping', porque evidentemente não adquire ou utiliza produto e nem contrata serviço como destinatário final. Da mesma forma, na outra ponta, o 'shopping' não fornece serviços de distração e lazer. **Distração e lazer**, embora possam resultar de uma prestação de serviços, **não são serviços em si** [depois de pagar o ingresso, o consumidor entra no parque de diversões, desfruta dos 'brinquedos' e, assim, se distrai*

Superior Tribunal de Justiça

etc]”. E fica porque está demonstrado, pelo menos na minha compreensão, que o shopping é em si mesmo uma unidade de serviços e, portanto, tem com o freqüentador uma relação de prestação de serviços específica, sendo o freqüentador o destinatário final da prestação.

O argumento bem argamassado do especial, em torno do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, é que não haveria remuneração. Sem dúvida, impressiona, porque o acesso ao shopping, de fato, não está condicionado ao pagamento de uma remuneração direta determinada. A *“renda auferida pela empreendedora é estritamente vinculada ao recebimento do valor maximizado do aluguel dos espaços locados”*, segundo afirmam os recorrentes. Já defendi o entendimento de que a remuneração direta tornava-se indispensável para a configuração da relação de consumo nos termos do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no caso das cadernetas de poupança. Mas tal entendimento não prevaleceu na Segunda Seção, admitindo-se, então, a possibilidade da existência de uma remuneração indireta. No ponto, o voto condutor da douda maioria deduziu as razões que se seguem:

“Não procede o argumento utilizado, com o fim de descaracterizar a relação de consumo, de que os depósitos em caderneta de poupança não são remunerados.

Conquanto os clientes, titulares das cadernetas de poupança, não paguem diretamente às instituições financeiras pelos depósitos efetuados, o fato é que os bancos obtém a sua remuneração do próprio uso do dinheiro dos poupadores, aplicando livremente no mercado financeiro um percentual máximo determinado pelo Banco Central do Brasil, repassando apenas parte do lucro auferido aos verdadeiros donos do numerário.

Nessa ciranda financeira, tenho por certo que os bancos depositários são remunerados por todos os seus serviços – muitas vezes regamente, diga-se de passagem – inclusive pelos depósitos em caderenetas de poupança.

O negócio é tão lucrativo que eles se servem, para angariar clientela, de todos os meios que têm à sua disposição, investindo pesado na propaganda e no marketing, inclusive com slogans que fazem expressa referência a seus produtos e serviços como sendo os mais vantajosos do mercado.

Portanto, as relações existentes entre clientes e a instituição financeira, nelas incluídas as cadernetas de poupança, apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo” (REsp nº 106.888/PR, Relator o Ministro **Cesar Asfor Rocha**, DJ de 05/8/2002).

Reconhecida a possibilidade da remuneração indireta, dúvida não pode haver sobre a ausência de violação do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A freqüência do público, efetivamente, rende remuneração indireta ao shopping center, constitui a sua clientela,

Superior Tribunal de Justiça

sem a qual o êxito do empreendimento não existe, daí a propaganda institucional do próprio shopping, na mesma toada das instituições financeiras, como indicado no precedente da Segunda Seção antes mencionado.

O outro ponto dos recorrentes é sobre a violação dos artigos 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, 330, I, e 331 do Código de Processo Civil ao argumento do cerceamento de defesa para a prova da culpa exclusiva de terceiro. O ilustre Relator entendeu justificado o julgamento antecipado *“porque a culpa das aludidas empresas – se demonstrada – não exoneraria, mesmo, B. Sete Participações S/A e outros da responsabilidade”*.

Anoto que diversos especiais foram interpostos contra decisão do Tribunal local que indeferiu a denunciação à lide da Construtora Wysling Gomes Ltda. e B.R.R. Gerenciamento e Planejamento S/C Ltda. afastando a incidência do art. 70, III, do Código de Processo Civil. Nesta Turma a decisão foi mantida com base nas Súmulas nºs 05 e 07 da Corte, ademais de considerar-se a jurisprudência que não admite a denunciação quando a denunciante quer eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-a com exclusividade a terceiro (REsp nº 191.139-SP, de minha relatoria, DJ de 15/5/2000; no mesmo sentido o REsp nº 172.231/SP, Relator o Ministro **Waldemar Zveiter**, DJ de 29/5/2000). Na Segunda Seção, o AgRgAg nº 200.239/SP, de minha relatoria, DJ de 02/5/2000), não chegou a ser julgado diante de ofício do Juiz de Direito da Quinta Vara Cível da comarca de Osasco comunicando que foi homologado acordo celebrado entre as partes.

Sem dúvida, o art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor prescreve a excludente de responsabilidade quando o fornecedor de serviços provar a responsabilidade exclusiva da vítima ou de terceiro. Mas, a meu sentir, o que se vai examinar, no caso, é se o julgamento antecipado acarretou cerceamento de defesa, presente a disciplina dos arts. 330, I, e 331 do Código de Processo Civil. O acórdão recorrido, de fato, cuidou da alegação dos apelantes sobre o art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor quando enfrentou o mérito, concluindo por afirmar que a *“existência do fato e o resultado danoso não são negados – Fls. 1513. A responsabilidade, como já foi dito, é de natureza objetiva, isto é, independe da demonstração de culpa, nos termos do art. 12 do CDC”*. Asseriu também que *“os réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria, originária da relação de consumo estabelecida entre as vítimas e os titulares do shopping”*, para considerar que o *“fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento*

Superior Tribunal de Justiça

essencial à vida normal do estabelecimento”. E quando enfrentou a preliminar de cerceamento de defesa, o acórdão recorrido entendeu que os “*réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria. Como titulares do shopping, em cujas dependências deu-se a explosão, respondem objetivamente pelos danos, independentemente de apurar-se ou não a responsabilidade de outros agentes que tenham participado da cadeia de causalidade. Contra esses, poderão os réus agir regressivamente, com ampla oportunidade para produzir prova. A produção dessa prova no presente processo é inócua e prejudicial à defesa dos consumidores”*.

Como sabido, o fato de terceiro que não exonera a responsabilidade é aquele que com o serviço guarda conexão, como se tem reconhecido, à sociedade, quando se desafia a responsabilidade do transportador (por todos o REsp nº 40.152/SP, Relator o Ministro **Nilson Naves**, DJ de 10/10/94). No presente feito, o acórdão recorrido considerou, de acordo com as circunstâncias fáticas, que a responsabilidade da empresa recorrente não seria alcançada pelo fato de terceiro, ou seja, ausente a culpa exclusiva de terceiro, daí a inocuidade da prova e, via de consequência, a ausência de cerceamento de defesa. Com essa base empírica, o acórdão recorrido não pode ser revisado na plataforma do recurso especial.

Finalmente, o especial enfrenta a questão da responsabilidade dos administradores, com base na desconsideração da personalidade jurídica. Sobre o tema, peço vênias aos eminentes colegas para manifestar algumas considerações.

Na vida econômica, os conflitos não podem ser eternizados, sob pena de absoluta inutilidade da prestação jurisdicional. Do mesmo modo, o emaranhado de leis causa facilidades para manobras de toda a ordem, beneficiando os espertos e criando dificuldades aos honestos, que cumprem as suas obrigações. Mais grave ainda, dá ensejo ao inadimplente de escapar ileso, deixando um vácuo na relação econômica, pela utilização de meios capazes de enredar o sistema de direito positivo.

É nesse contexto que se deve examinar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. E a sua origem está bem vinculada ao panorama antes delineado. Formalmente, foi o direito inglês que inaugurou a proteção contra a fraude na atividade econômica, por meio do chamado “*Companies Act*”, de 1929, que estabeleceu a competência da Corte para declarar que todos os que participaram, de forma consciente, da fraude constatada no curso da liquidação de uma determinada sociedade, seriam considerados responsáveis, direta e ilimitadamente, pela obrigação. Mas no direito norte-americano, desde o século XVI, já existiam

instrumentos para evitar atos fraudulentos, aparecendo nos primeiros anos do século vinte o denominado “*Uniform Fraudulent Conveyance Act*”, e já nos oitenta a revisão no “*Uniform Fraudulent Transactions Act*”. Ganhou fôlego a teoria, conhecida no direito anglo-saxão como “*disregard of legal entity*”, espraiando-se pela Alemanha com a “*durchgriff der juristischen personen*”, pela Itália com o “*superamento della personalità giuridica*”, pela França com a “*misé a l'ecart de la personnalité morale*”.

No direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica nasce para desafiar a regra do art. 20 do Código Civil: “*As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*”. Como bem ensina **Fábio Ulhoa Coelho**, a manipulação da autonomia das pessoas jurídicas é o instrumento para a realização da fraude contra credores. Mas o mesmo autor, no seu Curso de Direito Comercial, adverte, acertadamente, que a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser olhada como a destruição do instituto da autonomia entre a sociedade e seus membros, mas, sim, como meio para corrigir o seu mau uso, afirmando: “*O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação a seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude*” (Saraiva, 1999, págs. 34/35).

Rubens Requião, considerado o introdutor da doutrina no Brasil, lembrando a tese de **Rol Serick**, da Faculdade de Direito de Heidelberg, esclarece, logo, que não se trata de “*considerar ou declarar nula a personalidade jurídica, mas de torná-la ineficaz para determinados atos*” (Curso, Saraiva, 21ª ed., pág. 283). Para **Requião**, “*a doutrina, pouco divulgada em nosso País, levada à consideração de nossos Tribunais, poderia ser perfeitamente adotada, para impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade comercial*” (pág. 284).

O que se deve considerar no trato doutrinário da desconsideração da personalidade jurídica é a sua utilização apenas para evitar o abuso ou a fraude, todas as vezes que a personalidade jurídica da sociedade comercial, na forma do art. 20 do Código Civil, for utilizada como instrumento para prestigiar aquele que manipula a pessoa jurídica com o objetivo

Superior Tribunal de Justiça

de fugir do adimplemento de uma dada obrigação. Vale, por isso mesmo, a advertência feita por **Fábio Ulhoa Coelho**, no sentido de que a doutrina como tal é aquela, que ele denomina de “maior”, “*que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto*”. Assim, a “menor”, isto é, aquela “*que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é considerar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade*”.

A meu sentir, no plano doutrinário, a desconsideração da personalidade jurídica cabe quando houver a configuração de abuso ou de manipulação fraudulenta do princípio da separação patrimonial entre a sociedade e seus membros. O que se quer é evitar a manipulação da autonomia patrimonial da sociedade como meio de impedir, fraudulentamente, o resgate de obrigação assumida nos termos da lei. E, assim mesmo, a doutrina não conduz à extinção da sociedade, que permanece existindo regularmente, mas, tão-somente, afasta a separação patrimonial em uma determinada circunstância. Valho-me, ainda uma vez, da lição de **Fábio Ulhoa Coelho**: “*Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a consideração da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à desconsideração da personalidade jurídica dela. Somente nesse caso se opera a ocultação da fraude e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para revelar o oculto por trás do véu da pessoa jurídica*”. **Juan Dobson** mostra que todos os autores “*que consideram o problema da desconsideração (desestimación) da personalidade jurídica, outorgam um papel preponderante à fraude*”, anotando que **Rof Serick**, “*que escreveu indiscutivelmente uma obra fundamental sobre o tema, coloca a fraude em lugar primordial. Entende que só se pode prescindir da personalidade jurídica quando haja abuso dela, e só haverá abuso quando se intente com ela burlar uma lei, quebrar obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros*” (El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el Derecho Privado), Depalma, 1991, pág. 178). E Alexandre Couto Silva, destaca que na “*aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a regra geral mais comumente citada é a determinada pelo Juiz Sanborn no caso United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. : '[Uma] companhia será considerada uma pessoa jurídica como regra geral, e até que suficiente razão contrária apareça; mas, quando a noção de pessoa jurídica é usada para derrotar a*

Superior Tribunal de Justiça

ordem pública, justificar o injusto, proteger a fraude, ou amparar o crime, o direito irá considerar a companhia como uma associação de pessoas” . E, citando o "leading case" Bartle v. Home Owners Cooperative (1955) “no qual a companhia foi formada simplesmente para evitar a responsabilidade pessoal dos acionistas, mas sem a intenção de que esta servisse de instrumento para perpetrar a fraude, o abuso ou, mesmo, realizar injustiça. 'A lei permite a formação de um negócio para a proposta de escapar da responsabilidade pessoal. De forma geral, a doutrina da 'desconsideração da personalidade jurídica' é invocada para prevenir fraude ou para alcançar a justiça'. Mas no presente caso não houve fraude, informações falsas que levam ao erro e nem ilegalidade” (Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro, LTR, págs. 58/59 e 60).

Como sabido, o objetivo maior da desconsideração da personalidade jurídica é responsabilizar o sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. Mas, isso não quer dizer que não possa ocorrer o contrário, ou seja, o afastamento da autonomia patrimonial para responsabilizar a sociedade por dívida do sócio, desde que caracterizada a manipulação fraudulenta.

Esses lineamentos básicos da doutrina bem revelam que a aplicação jurisprudencial é de fundamental importância para que se possa aferir bem a extensão por ela alcançada no direito brasileiro. Só recentemente, com o Código de Defesa do Consumidor, art. 28, é que houve a previsão positiva da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, usada pelos Tribunais, inicialmente, no campo tributário. É certo que alguns autores a identificam já na Consolidação das Leis do Trabalho, que prescreve a responsabilidade solidária das empresas componentes de determinado grupo econômico com relação às obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Por outro lado, o Código Tributário Nacional, nos arts. 124 e 135, contém disciplina sobre a responsabilidade solidária. Mas, **Alexandre Couto Silva** entende que no “*Direito Tributário não se pode afirmar a existência de dispositivos que consagrem a desconsideração da personalidade jurídica*” (cit., pág. 119). O mesmo se pode dizer da disciplina das instituições financeiras com a responsabilidade solidária dos administradores, no caso das liquidações, embora limitada ao montante do passivo descoberto da instituição, nos termos do art. 15 do Decreto-lei nº 2.321/87. Sobre este último aspecto, escreve **Flávia Lefèvre Guimarães** que a “*previsão legal de responsabilidade solidária dos sócios para a garantia dos créditos de difícil recuperação, protege as finanças públicas – dos correntistas e aplicadores pequenos, médios e grandes -, evitando-se o desrespeito ao direito de*

*propriedade, e apropriação indébita dos valores depositados nas instituições financeiras, bem como os efeitos nefastos no que respeita à segurança e estabilidade do sistema financeiro nacional, garantindo-se, em última instância, a função social do instituto da pessoa jurídica” (Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais, **Max Limonad**, pág. 42). Mas é o Código de Defesa do Consumidor que trata, pela primeira vez, da doutrina com o nome pelo qual ficou conhecida.*

Logo no Título I, que cuida dos direitos do consumidor, a Seção V, do Capítulo IV, que trata da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, regula a desconsideração da personalidade jurídica, com o seguinte comando, contido no **caput**: *“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”*. E, no § 5º, estabelece o Código de Defesa do Consumidor que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica *“sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”*. O Código de Defesa do Consumidor prescreve, ainda, a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas pelas obrigações decorrentes do Código, a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas e a responsabilidade por culpa das sociedades coligadas.

Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor enfrentam forte crítica formulada por **Fábio Ulhoa Coelho**. O ilustre comercialista e também comentador do Código de Defesa do Consumidor afirma que *“tais são os desacertos do dispositivo em questão (art. 28), que pouca correspondência há entre ele e a elaboração doutrinária da teoria. Com efeito, entre os fundamentos legais da desconsideração, encontram-se hipóteses caracterizadoras de responsabilização de administrador que não pressupõem nenhum superamento da forma da pessoa jurídica. Por outro lado, omite-se a fraude, principal fundamento para a desconsideração. A dissonância entre o texto legal e a doutrina nenhum proveito trará à aplicação do novo Código; ao contrário, é fonte de incertezas e equívocos”*.

Vale a pena refletir sobre a crítica formulada. De fato, a disciplina positiva não acompanhou a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, oferecendo um contorno

Superior Tribunal de Justiça

diferente e muito mais abrangente, particularmente, se considerado o § 5º do art. 28, que autorizou a desconsideração sempre que houver obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor. Na verdade, é necessário muita cautela para que a regra que protege o consumidor não provoque o esvaziamento do art. 20 do Código Civil e, com isso, um desequilíbrio da atividade econômica com o enfraquecimento da organização empresarial, que em uma economia de mercado é a base do desenvolvimento.

De todos os modos, não acredito que seja possível desconhecer a disciplina positiva, entregando a prestação jurisdicional com uma interpretação que atravanque o direito que se quis assegurar para proteger o consumidor. E, nesse sentido, a jurisprudência vai ser de fundamental importância para a correta aplicação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, tal e qual foi para a introdução da doutrina no Brasil. **Genacéia da Silva Alberton**, em trabalho publicado na revista Estudos Jurídicos (vol. 24, nº 61), assinalou que a *“desconsideração é resultado de uma construção jurisprudencial, correspondendo à técnica de suspensão da eficácia da pessoa jurídica no caso concreto quando verificado que a mesma, em fraude à lei ou por abuso de direito, foi desviada da função para a qual foi criada”*. A autora, Juíza, também considerou que o Código de Defesa do Consumidor *“apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da personalidade jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado”*, para criticar a disciplina no sentido de que *“a impossibilidade de ressarcimento, por si só, não pode ser motivo para a desconsideração se o ato da sociedade não extrapolar o objeto social ou não teve como fim ocultar conduta ilícita ou abusiva”*. Com isso, concorda que *“há pouca correspondência entre a desconsideração da pessoa jurídica prevista no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e a teoria do 'disregard'. Omitiu-se, inclusive, a fraude como causadora da desconsideração. Pelo menos isso não fica claro, embora possa ser inserido na hipótese do § 5º. Por outro lado, há inclusão de hipóteses de simples responsabilização do administrador que nada tem a ver com a desconsideração da pessoa jurídica”*.

Um dos autores do anteprojeto, **Zelmo Denari**, comentando o art. 28, afirma que há pressupostos *“que primam pelo ineditismo, tais como a falência, insolvência ou encerramento das atividades das pessoas jurídicas”*, ademais de introduzir uma novidade, *“pois é a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em consideração a configuração da fraude ou do abuso de direito. De fato, o*

dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor (em razão da má administração, pura e simplesmente) encerrar suas atividades como pessoa jurídica” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, 4ª ed., 1994. pág. 158).

De todos os modos, o certo é que a disciplina do consumidor representa a forma pela qual o direito positivo brasileiro recebeu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e, por isso mesmo, devemos tratar de oferecer a melhor interpretação possível para tornar eficaz esse poderoso instrumento para defender o cidadão, tantas vezes lesado por maquinações realizadas com o só objetivo de prejudicar o ressarcimento de prejuízos, o adimplemento de obrigações lícitamente assumidas.

O primeiro aspecto a merecer a atenção do intérprete é a natureza da regra no que concerne a sua aplicação pelo Juiz. A meu sentir, o **caput** do art. 28 não comporta outra interpretação que a de ser uma faculdade do Juiz, dependente, portanto, de seu prudente critério. É certo que a jurisprudência, tal e qual aconteceu com as medidas cautelares, poderá inclinar-se pela obrigatoriedade diante da presença dos pressupostos constantes do dispositivo. Assim, se estiverem eles presentes, ao Juiz não restará senão aplicá-la quando requerida pela parte. Mas, não creio que seja este o melhor caminho. O que está prescrito é que o Juiz poderá, o que quer dizer que no seu prudente critério repousou o legislador a aplicação da desconsideração.

Outra questão é saber se o ato do Juiz depende de pedido da parte. E, a meu juízo, não depende a aplicação do art. 28 de requerimento da parte. Se houver a presença das situações descritas no **caput**, em detrimento do consumidor, o Juiz poderá fazer incidir o dispositivo, independentemente de requerimento da parte. O que provoca a incidência da desconsideração é a existência de prejuízo para o consumidor. Havendo o prejuízo, está o Juiz autorizado a fazer valer o art. 28. Nesse sentido, opina **Genacéia da Silva Alberton**, embora releve o princípio da iniciativa da parte. Para **Genacéia**, *“como as situações embasadoras da desconsideração podem emergir no decorrer da instrução do processo, deve-se aceitar a possibilidade de o juiz desconsiderar a pessoa jurídica independentemente de postulação da parte autora. Tal postura não irá colidir com o princípio da iniciativa da parte, pois essa se refere à propositura da demanda. Por outro lado, estará preservado o princípio da congruência porque a tutela jurisdicional será prestada no âmbito do pedido”*. E conclui: *“Observe-se que a norma do art. 28 é uma norma dispositiva dirigida precipuamente ao juiz. Tendo em vista o caráter protetivo do Código do Consumidor, se presentes as circunstâncias previstas no art. 28, o julgador tem a possibilidade de*

Superior Tribunal de Justiça

penetrar na personalidade jurídica para atingir pessoas físicas que dela fazem parte, não sendo a autonomia da personalidade jurídica óbice à solução justa do conflito” (ob cit.). Alexandre Couto Silva considera “bastante positiva essa tentativa de Albeton de adequar a desconsideração da personalidade jurídica ao processo. É de se notar a argumentação quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente quanto à afirmação de que a parte que será atingida pelos efeitos da sentença e por ela alcançada estaria acompanhando a ação, direta ou indiretamente, por estar protegida pela personalidade da pessoa jurídica da qual se utilizou e de onde acompanhou todo o decorrer do processo, ciente de todos os rumos que este tomava” (cit., pág. 132). Vale lembrar que o art. 50 do projeto de Código Civil, que autoriza o Juiz a decidir “que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, depende de requerimento da parte ou do Ministério Público, “quando lhe couber intervir no processo”.

Neste feito, o ponto crucial é o do alcance do § 5º do art. 28. A redação do dispositivo autoriza a interpretação literal de que a sua incidência não depende dos pressupostos constantes do **caput**. Nele está escrito: “*Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*”. Assim, poderia ser aplicada a desconsideração apenas verificada a situação de entrave ao ressarcimento dos prejuízos causados. Em trabalho publicado na coletânea coordenada por **Fernando Facury Scaff** (Estudos em Homenagem a Ary Brandão de Oliveira, LTR e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, “A Disregard Doctrine no Código de Defesa do Consumidor, págs. 351 e segs.), Suzy Elizabeth Cavalcante Koury rebate as críticas feitas ao § 5º, principalmente aquela feita por Zelmo Denari (teria havido um equívoco remissivo no veto do Presidente, que recaiu no § 1º quando deveria versar o § 5º), para asserir que a boa interpretação do dispositivo, que já vem sendo aplicado pelos Juízes, “*é no sentido de que não basta ter havido prejuízo ao consumidor, mas que tal prejuízo tenha decorrido de abuso da forma da pessoa jurídica*”. Na minha avaliação, realmente, o § 5º autoriza uma interpretação literal amplíssima. Mas, não enxergo nele vício capaz de torná-lo pernicioso, à medida que a jurisprudência sempre encontra um caminho que limita os excessos e consolida uma interpretação temperada de modo a fazer com que a incidência do § 5º seja confinada aos limites do interesse do consumidor, mas diante da configuração de maquinação para burlar o ressarcimento do prejuízo. A expressão “*de*

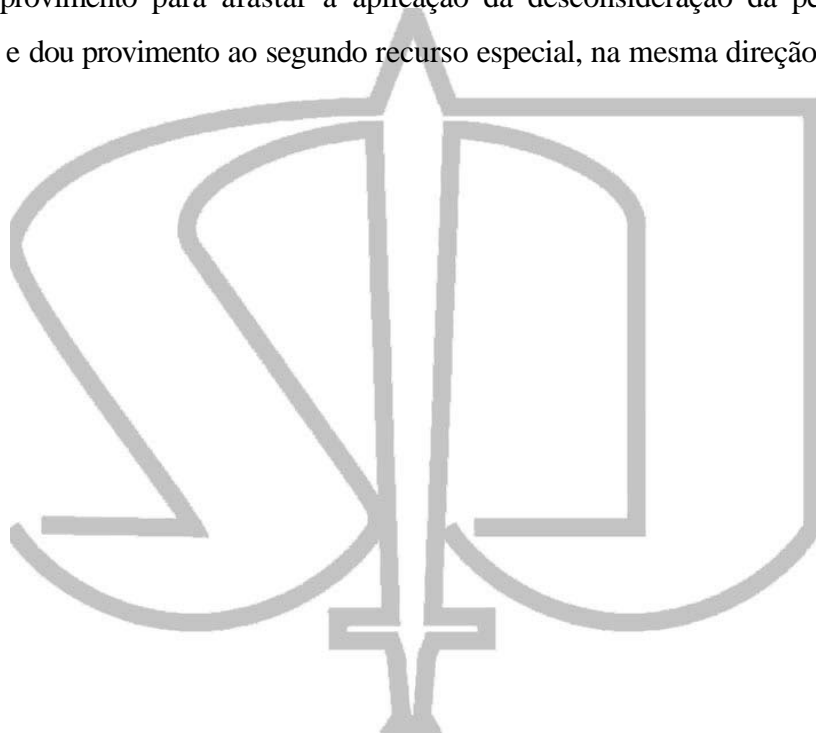
Superior Tribunal de Justiça

alguma forma” deve ser interpretada na linha mestra da doutrina, ou seja, para evitar que o devedor, por manobra ilícita, escape da obrigação de pagar o que é devido.

Com essas razões, dúvida não tenho em acompanhar também neste ponto o voto do ilustre Relator, subscrevendo as suas razões no que concerne ao exame do dissídio.

Quanto ao segundo recurso especial, fincado na fundamentação antes deduzida, eu acompanho, igualmente, o voto do Senhor Ministro **Ari Pargendler**.

Em conclusão: eu conheço do primeiro recurso especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para afastar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, e conheço e dou provimento ao segundo recurso especial, na mesma direção.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2000/0097184-7

RESP 279273 / SP

PAUTA: 03/05/2001

JULGADO: 07/06/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ROBERTO FIGUEIREDO SANTORO**

Secretária

Bela **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B SETE PARTICIPACOES S/A E OUTROS
ADVOGADOS : ATHOS GUSMAO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS
RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS
ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO
RECORRIDO : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, conhecendo do primeiro recurso especial e dando-lhe parcial provimento e conhecendo do segundo recurso especial e dando-lhe provimento, pediu vista a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Aguarda o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 07 de junho de 2001

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

VOTO-VISTA

EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra as sociedades empresárias recorrentes (locadora e administradora do centro comercial) e seus administradores, visando o ressarcimento dos danos morais e patrimoniais sofridos pelas vítimas do desabamento do Shopping Center em Osasco/SP.

O Juiz reconheceu a responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas, aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, porque a explosão teria decorrido de ato ilícito.

O TJSP conferiu parcial provimento ao recurso dos réus para reconhecer a responsabilidade subsidiária dos sócios administradores, com fulcro no art. 28, § 5º, do CDC, cuja redação é a seguinte:

"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.

...

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

O i. Relator, Min. Ari Pargendler, acompanhado, em voto-vista, pelo i. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, proveu o primeiro recurso especial, e, em parte, o segundo recurso especial, para determinar a exclusão dos sócios administradores Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos, Maria Carla Lunardelli, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto, porque "o art. 28, § 5º da Lei n. 8.078, de 1990, só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*".

Para o i. Relator, o "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" não depende, tão-somente, da "necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores", mas está condicionada ao reconhecimento de uma das hipóteses previstas no "caput" do art. 28, porque não goza de autonomia, e, assim, não seria correta a assertiva do acórdão estadual de que há "nova hipótese ensejadora da desconsideração", e nem se trataria de "circunstância francamente objetiva", "independentemente de atuação culposa por parte dos administradores".

Reprisados os fatos, aprecio o recurso.

Recurso de B SETE PARTICIPAÇÕES S/A e OUTROS:

A) DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(violação aos arts. 6º do CPC e 25, inc. IV, 'a', da Lei 8625/93 e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência do art. 6º do

Superior Tribunal de Justiça

CPC restou devidamente prequestionada.

Regula os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor (art. 81):

"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Segundo o escólio de HUGO NIGRO MAZZILLI:

"Difusos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Compreendem grupos menos determinados de pessoas entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

"Coletivos são interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum.

"Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.

"Os interesses individuais homogêneos têm origem comum. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato."

E distingue o em. Autor os direitos coletivos e os individuais *homogêneos*, assim expondo:

"Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha duas e não uma cota: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais, sendo os prejuízos individualizáveis (interesses individuais homogêneos)". ("A Defesa dos interesses difusos em juízo", 6ª ed., São Paulo: RT).

Ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, na obra "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor" (São Paulo: RT, 2001):

Superior Tribunal de Justiça

"Legitimidade do MP. Pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF 129, III, legitima o MP para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF, 129, IX autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil institucional. A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva **tour court**) são, **ex vi legis**, de interesse social (CDC 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social."

...
"O argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O parquet não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par. ún. III), essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC, 82, I, por autorização do CD 129 IX e 127 "caput")."

Leciona TEORI ALBINO ZAVASCKI que:

"não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais de promover o desenvolvimento equilibrado do país e de servir os interesses da coletividade". ("O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos", RF 333/128). [Sem grifos no original].

Igualmente, elucida a em. Doutrinadora ADA PELLEGRINI GRINOVER:

"Não bastasse a legitimação a toda e qualquer ação coletiva, conferida ao Ministério Público pelo art. 82, ao qual o art. 91 faz remissão, o próprio art. 92 reforça a idéia da titularidade do "parquet" para o processo tratado no capítulo ora em exame.

Apesar disso tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Argumenta-se em prol dessa orientação com o art. 129, III, CF, que só se refere à legitimação do MP para a defesa de interesses difusos e coletivos. Nem tem bastado, para essa tendência, o argumento da extensão de funções do MP a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (inc. IX do art. 129, CF), porquanto se afirma que o MP, nos termos do art. 127, CF, é preordenado à defesa de interesses sociais e

Superior Tribunal de Justiça

individuais indisponíveis e os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis.

E, na mesma linha, aduz-se também a circunstância de, a admitir-se a legitimação do MP para casos que tais, estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade.

Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneo, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais, não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesse ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição.

(...) Nem se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneo impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito, que talvez não queiram eles exercer. A sentença condenatória, na técnica brasileira, apenas reconhece a existência do dano pessoal, seu nexó etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença e quantificar o montante da indenização. Respeita-se, assim, a autonomia da vontade de cada indivíduo que, se não quiser "fruir" do direito que lhe foi reconhecido, simplesmente não o "exercerá" ("in" Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998).

Por sua vez, leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

"Já no que concerne aos interesses individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre da sua natureza (que é individual!) e sim de duas circunstâncias essenciais, a saber: a) de um lado, o expressivo número de pessoas integradas no segmento social considerado (ex.: pais de alunos de escolas particulares), inviabilizando o trato processual via litisconsórcio (que seria multitudinário), especialmente agora, como antes acenado, em face da reinserção no processo civil brasileiro, do litisconsórcio facultativo recusável (CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei nº 8.952/94); b) de outro lado, o fato desses interesses derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário."

ADA PELLEGRINI GRINOVER ("O Processo em Evolução", Rio de Janeiro:

Ed. Forense Universitária, p. 425) afirma que "as ações de classe norte-americanas, que haviam declinado numericamente na década passada, estão ganhando novo e redobrado impulso, exatamente no campo das reparações individuais, por força dos denominados *mass tort cases*: assim ocorreu com as vítimas do asbesto, que já são mais de 87.000 e cujas pretensões são freqüentemente agrupadas perante tribunais federais e estaduais. A mesma poderosa tendência, que nos Estados Unidos da América levou à revitalização das *class actions* no campo da responsabilidade civil, faz-se sentir em outros países pertencentes ao sistema de *common law*... Tudo a demonstrar a necessidade de os sistemas processuais modernos se abrirem à reparação coletiva de danos individuais, permitindo o tratamento eficiente de numerosos casos de responsabilidade civil".

A legitimidade do Ministério Público estadual decorre do art. 127, "caput" da C.F.-88, que, ao criá-lo como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, não arrolou, de modo taxativo, a sua atuação institucional, que pode ser complementada por diplomas legais, sem usurpação da competência do legislador constituinte.

Sendo 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", por extensão do art. 81, parágrafo único do CDC e seu art. 82, I, tem o Órgão ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum, norma que se coaduna com o disposto no art. 25, inc. IV, alínea 'a', da Lei n. 8.625/93.

Isto porque não é a natureza disponível e divisível - esta aliás ínsita aos direitos individuais -, que retira a homogeneidade dos interesses e lhes expurga da tutela a título coletivo. Constatada a origem comum dos mesmos, exsurge o interesse social na sua proteção, que se transforma no divisor de águas entre o direito individual, na sua dimensão particular, e aquele visto sob ótica comunitária, coletiva; ou, na esteira dos ensinamentos de TEORI ZAVASCKI, é de se notar a relevância social dos interesses subjetivos individuais de origem comum, porque considerados "em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental".

Este entendimento lavrei no REsp 286.732 (ação civil pública ajuizada pelo MPERJ e MPF em face da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, Santa Cruz Seguros S/A e outros, objetivando coibir a majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde que foi autorizada pela SUSEP e promovida pelas fornecedoras do serviço de seguro-saúde, em detrimento de direito coletivo de todos os consumidores de serviços de seguro, para devolução das importâncias recebidas do percentual de 17% acima da média em URV dos prêmios de novembro de 1993 e fevereiro de 1994) e no REsp 334.829 (ação civil pública ajuizada pelo MPDFT contra Massa falida da ENCOL S/A e BEMGE - Banco do Estado de Minas Gerais, para anulação da cláusula dos contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção que dispunha sobre a possibilidade da obra em construção e o terreno respectivo ser dado em garantia de financiamento pela construtora, e anulação da cláusula que constituiu em garantia hipotecária as unidades autônomas dos referidos edifícios).

Assim, com amparo na doutrina abalizada e seguindo precedentes jurisprudenciais desta Corte, é de se concluir pela legitimidade ativa do Ministério Público.

B) DA INCIDÊNCIA DO CDC - EQUIPARAÇÃO DOS TRANSEUNTES EM SHOPPING CENTER À NOÇÃO DE CONSUMIDOR

Superior Tribunal de Justiça

(violação aos arts. 2º e 3º, § 2º do CDC e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência dos arts. 2º e 3º, § 2º, do CDC restou devidamente prequestionada.

Reconhece a doutrina que o art. 2º do CDC é insuficiente para abranger como consumidor somente aquele que adquire o produto como destinatário final, porque a interpretação teleológica do parágrafo único do art. 2º, combinado com o art. 17 do CDC, conduz à compreensão de que também são considerados consumidores, ainda que não participem diretamente da relação de consumo, os denominados pela doutrina e jurisprudência norte-americana de *bystander*. Abrange o conceito de *bystander* aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidos em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante não serem partícipes diretos da relação de consumo.

O shopping center oferece à sociedade um serviço determinado, distinto dos serviços e bens ofertados pelos lojistas, consistente na oferta de segurança, lazer e conforto àqueles que pretendem ou adquirir bens e serviços dos lojistas instalados no local, ou simplesmente transitar pelas galerias como forma de distração e lazer, sendo equiparados pela abrangência do estabelecido no art. 17, que os equipara a consumidores.

Assim considerado, pode-se afirmar que todo e qualquer freqüentador de shopping, tenha ou não interesse em adquirir bens ou serviços, é consumidor nos termos do art. 2º do CDC, porque adquire, como destinatário final, o serviço de segurança, lazer e conforto ofertado pelo shopping center.

Por sua vez, o fato de o administrador do shopping não cobrar dos freqüentadores preço pelo ingresso em suas dependências não conduz à conclusão de que o serviço ofertado pelo shopping center seja de natureza gratuita, porquanto o intuito oneroso, ainda que indireto, é evidente, dada a relação existente entre o conforto e a segurança do shopping, de um lado, e a promoção das vendas de bens e serviços dos lojistas instalados ao longo das galerias, de outro.

E, ainda que não se considerasse o freqüentador como destinatário final do serviço prestado pelo *shopping center*, deve-se observar o art. 17 do CDC, o qual equipara à noção de consumidor todas as vítimas do fato do serviço.

Nesses termos, acompanho o i. Min. Relator para reconhecer que são consumidores todos os freqüentadores de galerias de shopping center, tenham ou não o intuito de adquirir bens e serviços dos lojistas instalados.

C) JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

(violação aos arts. 14, § 3º, do CDC e 330, inc. I, e 331 do CPC e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência do art. 330 do CPC restou devidamente prequestionada.

Acompanho, nesse aspecto, o voto do i. Min. Relator, ao fundamento de que a existência, ou não, de culpa de terceiro, não afasta, no processo em análise, a responsabilidade

dos recorrentes, o que corrobora a adequação do julgamento antecipado da lide.

D) DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

(violação aos arts. 28, *caput*, e § 5º, do CDC, 20 do CC/16 e 158, inc. I e § 1º, primeira parte, da LSA - recurso de B SETE PARTICIPAÇÕES S/A e OUTROS)

(violação aos arts. 20 do CC/16, 158 da LSA, 10 do Decreto 3708/19, 458, inc. III, 515, § 1º e 596 do CPC - recurso de MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO e OUTROS)

A questão relativa à incidência do art. 28, *caput* e § 5º, do CDC, restou devidamente prequestionada.

Acerca da responsabilidade dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em que pese o brilhantismo da tese adotada pelo i. Min. Relator, considero algumas observações pertinentes, em especial no que respeita aos contornos atuais do instituto da desconsideração e a disciplina adotada pelo CDC a respeito.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração.

A teoria maior 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, ou a demonstração de confusão patrimonial.

A prova do desvio de finalidade faz incidir a **teoria (maior) subjetiva da desconsideração**. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a **teoria (maior) objetiva da desconsideração**. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.

A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02.

A **teoria menor da desconsideração**, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta teoria, 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

Superior Tribunal de Justiça

e/ou administradores da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a **teoria menor da desconsideração** foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei nº. 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º).

O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo i. Min. Relator, sugere uma "circunstância objetiva". Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

É certo que a doutrina pátria se divide dentre aqueles que aplaudem a inovação e aqueles que entendem que as razões do veto do § 1º do art. 28 do CDC deveriam ser destinadas ao § 5º, esse sim, sob a ótica de parte representativa de vozes autorizadas, sem razão de ser porque a desconsideração da pessoa jurídica está associada ao ilícito, ao desvirtuamento e abuso da forma social.

Existem argumentos também no sentido de que a topografia do § 5º do art. 28 significaria a dependência do seu preceito ao reconhecimento de "abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social", e à novel disposição de "má administração" causadora de "falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica".

Sem embargo das argutas preleções, fato é que o § 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o "caput" do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica.

Não são válidos os argumentos de que as razões de veto deveriam ser dirigidas ao § 5º e de que não se conceberia sua existência autônoma dissociada do preceito veiculado no "caput" do art. 28 da Lei n. 8.078/90.

Essa linha de raciocínio é meramente acadêmica, e a lei, uma vez sancionada, ganha vigência e eficácia a partir de sua publicação, transcorrida a "vacatio legis". A lei, aplicada com prudência, encontrará seus próprios limites por meio da atividade interpretativa dos Tribunais, não sendo aconselhável que se ceife a iniciativa legislativa de plano, iniciativa essa que conferiu novos contornos ao instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Devem sim, ao invés de se limitar o debate a conjeturas de topografia do parágrafo 5º e pretensas razões de veto, o artigo 28 e seus parágrafos da Lei n. 8.078/90 ser interpretados sistematicamente, a par da legislação vigente.

A tese, ora acolhida, de que a **teoria menor da desconsideração** aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC.

E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a **teoria maior subjetiva da desconsideração**, enquanto que o § 5º do referido dispositivo acolhe a **teoria menor da**

desconsideração, em especial se considerado for a expressão "*Também poderá ser desconsiderada*", o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconsideração.

Ao acolher a **teoria menor**, dúvida não há em se considerar que o § 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90 ampara um novo capítulo no instituto do levantamento do véu da pessoa jurídica, o qual se coaduna com o princípio geral da Ordem Econômica, como positivado pela CF/88, que prevê a defesa do consumidor (CF, art. 170, inc. V).

No processo em análise, o TJSP bem constatou o obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores: "*São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral*". *Verifica-se, de imediato 'ictu oculi', que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fl. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000 (dez mil reais), como se lê à fl. 74 do mesmo volume do referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular*".

Há de se considerar que, afora os interesses dos consumidores tutelados pela ação civil pública, ainda há os dos lojistas, o que importará, eventualmente, em maior incursão no patrimônio das sociedades rés.

Verificado, portanto, o estado de insolvência e a incidência do CDC, deve ser acolhida a **teoria menor da desconsideração**, como prevista no § 5º do art. 28, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e administradores indicados.

E) DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ADMINISTRADORES E SÓCIOS

O TJSP considerou ser subsidiária a responsabilidade dos sócios e administradores indicados, ao fundamento de que a incidência da teoria da desconsideração não constitui hipótese de responsabilidade solidária, a qual resulta da lei ou do contrato.

A despeito de ser a responsabilidade subsidiária regra geral de Direito Societário (CC/02, art. 1024), deve-se observar que a sua incidência depende, claramente, da existência de separação patrimonial entre a sociedade e os sócios (CC/02, art. 1022 e CC/16, art. 20).

Verificada, entretanto, a desconsideração da pessoa jurídica, afasta-se a separação patrimonial e, por conseqüência, a responsabilidade subsidiária, porquanto desconsiderar a pessoa jurídica implica responsabilizar, direta e pessoalmente, os sócios e administradores indicados, como se estas pessoas tivessem assumido, em nome próprio, as obrigações imputáveis à pessoa jurídica.

Deve-se observar, entretanto, que tal questão não foi impugnada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual não recorreu do acórdão prolatado pelo TJSP, o que afasta, de plano, a possibilidade de reforma nesse aspecto.

Recurso especial de MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO e OUTROS:

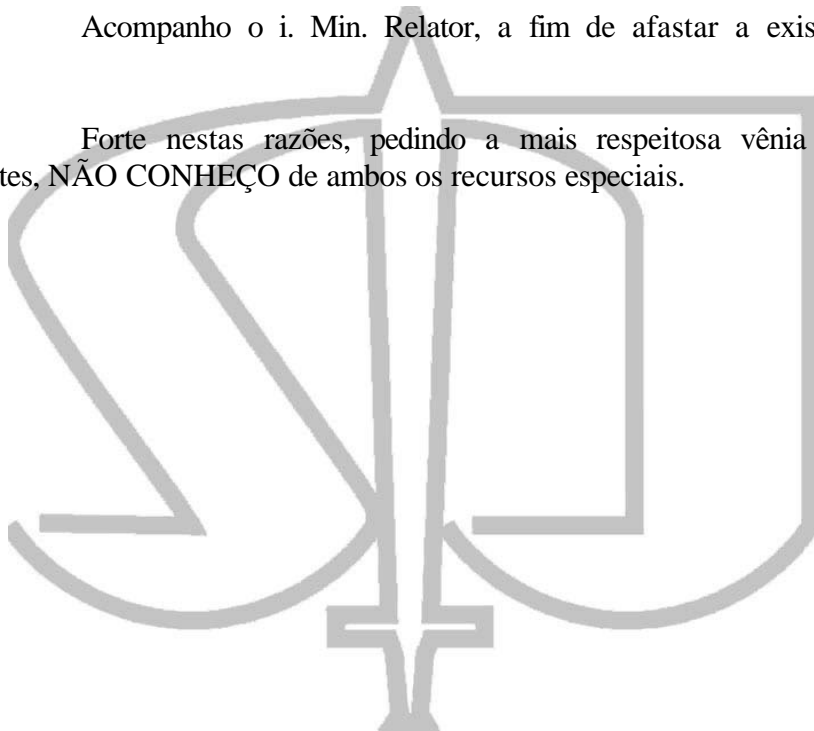
F) DA EXISTÊNCIA DE OMISSÃO
(violação ao art. 535, inc. II, do CPC)

Sustentam os recorrentes que o TJSP foi omissivo ao não se manifestar sobre os pressupostos de incidência do art. 28 do CDC, em especial sobre o argumento de que o § 5º desse dispositivo possui incidência subordinada à verificação dos pressupostos do *caput* do art. 28.

Deve-se observar, entretanto, que o TJSP foi claro ao analisar a incidência do dispositivo citado ao caso concreto, ponderando-se com clareza os argumentos e as teses confrontantes.

Acompanho o i. Min. Relator, a fim de afastar a existência de omissão na hipótese.

Forte nestas razões, pedindo a mais respeitosa vênia aos eminentes votos divergentes, NÃO CONHEÇO de ambos os recursos especiais.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2000/0097184-7

RESP 279273 / SP

PAUTA: 03/05/2001

JULGADO: 21/06/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ROBERTO FIGUEIREDO SANTORO**

Secretária

Bela **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B SETE PARTICIPACOES S/A E OUTROS
ADVOGADOS : ATHOS GUSMAO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS
RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS
ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO
RECORRIDO : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, conhecendo do primeiro recurso especial e dando-lhe parcial provimento e conhecendo do segundo recurso especial e dando-lhe parcial provimento, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 21 de junho de 2001

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

EMENTA

Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

I - A defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, havendo interesse social relevante, enseja legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública.

II - Os casos ensejadores da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não foram taxativamente enumerados no Código de Defesa do Consumidor, de maneira que é possível considerar o § 5.º do art. 28 como hipótese autônoma e independente das previstas no caput.

III - Recursos especiais não conhecidos.

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O Ministério Público de São Paulo propôs ação civil pública visando à reparação dos danos causados pela explosão ocorrida no Osasco Plaza Shopping. O juiz de primeiro grau julgou procedentes os pedidos e, desconsiderando a personalidade jurídica da empresa, determinou que seus administradores respondessem solidariamente pela condenação, pois o acidente teria decorrido de ato ilícito.

Em apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a desconsideração da personalidade jurídica, mas entendeu que a

responsabilidade dos administradores não era solidária, mas subsidiária. O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos:

I - Responsabilidade civil. Explosão em shopping center. Relação de consumo. Dever de indenizar independentemente de culpa. Ação procedente.

II - Ação civil pública. Direitos individuais. Catástrofe. Relevância de direitos sociais em jogo. Legitimidade do Ministério Público. Constitucionalidade do art. 21 da Lei 7.347/85.

III - Denúnciação da lide. Inconveniência e proibição. Cerceamento de defesa inócua.

IV - Fato de terceiro. Excludente não verificada.

V - Desconsideração da pessoa jurídica. Previsão legal. CDC, art. 28, § 5.º. Responsabilidade subsidiária e não solidária. Recurso provido somente nesta última parte" (fl. 1.996).

Contra esse aresto - integrado pelo de fls. 2.056/2.060, proferido em embargos de declaração - interpõem recurso especial B. SETE PARTICIPAÇÕES S.A., ADMINISTRADORA OSASCO PLAZA SHOPPING S/C LTDA., GIAN PAOLO ZANOTTO, UBIRAJARA KYRILLOS e MARIA CARLA LUNARDELLI (fls. 2.145/2.208), bem como MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO, RICARDO KYRILLOS e ANTONIO LUNARDELLI NETTO (fls. 2.339/2.360).

No primeiro recurso, são apontados como malferidos o art. 20 do Código Civil, os arts. 6.º; 330, I; 331 e 535, II, do Código de Processo Civil, os arts. 2.º; 3.º, § 2.º; 14, § 3.º, II; e 28, *caput* e § 5.º da Lei n.º 8.078/90, o art. 25, IV, "a", da Lei n.º 8.625/93, o art. 158, I e § 1.º, da Lei n.º 6.404/76. Também se procura demonstrar dissídio jurisprudencial.

No outro recurso são tidos por ofendidos os arts. 458, III; 515, §

1.º; 535, II e 596 do Código de Processo Civil, o art. 20 do Código Civil, o art. 10 do Decreto n.º 3.708/19, o art. 158 da Lei n.º 6.404/76 e art. 28, *caput*, da Lei n.º 8.078/90.

De toda a argumentação desenvolvida em torno desses dispositivos, minuciosamente analisada nos votos anteriores, sobressaem os temas da legitimidade ativa do Ministério Público para a presente ação e o da desconsideração da personalidade jurídica com base nas disposições do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

A questão da legitimidade ministerial, assim como registrado no voto do relator, foi resolvida também com base nas disposições do Capítulo IV do Título IV da Carta Magna. O aspecto constitucional já foi objeto do apropriado recurso extraordinário.

Ainda assim, nada impede que se reexamine a matéria sob o aspecto da legislação infraconstitucional de regência, o que passo a fazer. Serão observados, inclusive, os preceitos da Constituição, pois com atenção a esta é que se devem interpretar as demais leis.

O art. 81, III, do CDC, combinado com o art. 82, I, do mesmo diploma, confere ao Ministério Público a legitimidade para intentar ação em defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. O art. 117 do CDC acrescentou o art. 21 à Lei de Ação Civil Pública. Não se pode argumentar que, mediante simples leis ordinárias, alargou-se o campo de atribuições do *parquet*, delimitado na Constituição. É que o art. 129, inciso IX, da Lei Maior, estabelece que o Ministério Público deve exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Dessa maneira, resta afastada a taxatividade do rol daquele dispositivo ou do art. 127.

Sobre o tema, citam-se os seguintes precedentes:

"O art. 21 da Lei 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei 8.078/90), estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, legitimando o MP, extraordinariamente e como substituto processual para exercitá-la (art. 81, § ún., III, da Lei 8.078/90)" (STJ-RT 720/289).

"Quando a Lei 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente" (RSTJ 95/93).

Ademais, a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, desde que haja interesse social relevante, enseja a propositura de ação coletiva. E conforme realçado no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, "esta Corte tem considerado a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, considerando a presença de interesse social relevante". O eminente Ministro ainda leciona que "afastar a ilegitimidade do Ministério Público leva na devida consideração o interesse social que cabe ao Ministério Público defender a partir da matriz constitucional (artigos 127 e 129 da Constituição Federal) e que se encontra delineado na legislação infraconstitucional própria".

Nem se argumente, outrossim, que por versar a presente demanda sobre direitos disponíveis, restaria afastada a legitimidade ativa

do autor da ação.

A legitimidade, no caso, se fundamenta no fato de se tratar de relações de consumo, encontrando previsão legal na Lei n.º 7.347/85, art. 1.º, II, art. 21 e, como dito, no art. 82, I, do CDC. E a maioria das disposições legais atinentes às relações de consumo são encontradas na Lei n.º 8.078/90, que estabelece normas de ordem pública e interesse social, o que implica dizer que são inderrogáveis pela vontade dos envolvidos. No CDC são estatuídas as regras para possibilitar o cumprimento ao disposto nos arts. 5.º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal, que erigiu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica.

Consoante observado no acórdão recorrido, o *"legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, abrangendo coletivamente direitos individuais homogêneos e de origem comum, o processo deve operar também como instrumento de mediação dos conflitos sociais ou situações de reflexos na sociedade, como o caso em julgamento, e não apenas como solução das lides"* (fl. 2.030).

É certo que a segurança das vítimas já foi atingida e sua integridade físico-moral abalada, de maneira que buscam apenas a reparação patrimonial. Porém, não se deve olvidar que a indenização por dano moral, em casos que tais, objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a reincidirem nos mesmos atos danosos (Resp. n.º 283.319, DJ de 11/6/2001). Na espécie, não se afasta o fim de desestimular a ameaça à incolumidade física ou mesmo à vida do público consumidor, bens indisponíveis.

Superior Tribunal de Justiça

Ressalte-se que a relação de consumo restou configurada e mereceu cuidadosa análise nos outros votos. Com efeito, não é por mera liberalidade que o Shopping Center autoriza o trânsito de pessoas em suas dependências, para o que são até mesmo incentivadas.

Registre-se, ainda, que a ação civil pública é um instrumento moderno do ordenamento jurídico-processual brasileiro e, bem manejado pelo Ministério Público, é um excelente contributo à afirmação da democracia, porquanto facilita o acesso à Justiça, sem, contudo, afogar ainda mais os órgãos encarregados de aplicá-la.

No que se refere ao delicado tema da interpretação do art. 28 do CDC, houve divergência de votos, o que ensejou meu pedido de vista. Transcrevo o dispositivo na parte que interessa à presente discussão:

"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.

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

O eminente relator, Ministro Ari Pargendler, houve por bem em afastar a desconsideração, por entender ausentes as hipóteses do *caput* do citado artigo. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito asseverou que, para se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa com base no §

5.º do art. 28, seria necessário constatar a manobra ilícita tendente a burlar a obrigação de pagar o que devido.

A ilustre Ministra Nancy Andrichi concluiu que o conteúdo do § 5.º do artigo em comento configura hipótese autônoma de desconsideração da pessoa jurídica. Observa que *"a melhor interpretação deve ser dissociada do requisito 'má administração' dos sócios administradores, contido no caput"*. Por conseguinte, a personalidade jurídica poderia ser desconsiderada se ocorrente a hipótese do § 5.º, independentemente do que previsto na cabeça do artigo.

Todavia, a Ministra também asseverou que *"desconsiderar a pessoa jurídica, a despeito da controvérsia sobre o alcance do § 5.º, do art. 28 do CDC, dependerá sempre da apuração de circunstâncias fáticas, além de a indenização estar liquidada e o processo de execução na fase da excussão patrimonial. Esse é o momento único para o julgador constatar a presença do obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos, quer pela má administração ou por outros motivos"*.

De fato, com a devida vênia do entendimento em contrário e a despeito da advertência acerca do veto que teria incidido erroneamente sobre o § 1.º, penso que o § 5.º trata de nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

É certo que, de ordinário, vale a fórmula de acordo com a qual *"o parágrafo está subordinado ao caput"*. Entretanto, esta não pode ter valor absoluto. A forma pode influenciar a interpretação da norma, mas nem sempre define o conteúdo da lei.

Evidencia a independência do § 5.º com relação ao *caput* a expressão que o introduz, ou seja, *"também poderá ser desconsiderada"*.

Assim, mesmo não ocorrendo as hipóteses enumeradas no *caput*, pode o julgador desconsiderar a pessoa jurídica quando sua personalidade constituir obstáculo ao ressarcimento dos consumidores lesados. De outra forma, seria indiscutível a inutilidade do texto do § 5.º, pois é óbvio que, ocorrendo alguma ou algumas das hipóteses do *caput*, poderia ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, independentemente de haver ou não obstáculo à reparação. O intérprete poderia dizer, com acerto: houve abuso de direito, então o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica, antes mesmo de perquirir acerca do obstáculo que a personalidade possa causar ao ressarcimento do prejuízo aos consumidores.

Entendimento outro valeria por considerar sem préstimo a disposição. Cumpre ainda indagar: Havendo o dano, reconhecida a responsabilidade (objetiva, no caso), identificadas as vítimas e havendo, também, o referido obstáculo, não se poderia desconsiderar a personalidade somente porque incorrentes as hipóteses do *caput*? Os riscos da atividade comercial ficariam a cargo apenas dos consumidores e não dos empresários que - ainda que de boa-fé - se resguardam atrás da pessoa da empresa? Mais justo seria que os ônus da atividade, em casos como o de que se cuida, sejam suportados por aqueles que a empreenderam.

Por outro lado, o entendimento aqui esposado não faz letra morta do art. 28, *caput*. Reconhecer a autonomia do § 5.º não significa afastar a do *caput*. Ocorrendo apenas uma das hipóteses deste ou a hipótese do parágrafo, a pessoa jurídica pode ser desconsiderada, conforme o prudente arbítrio do juiz.

Além disso, a enumeração do art. 28 é exemplificativa, não

havendo, pois, porque vincular o suporte fático do § 5.º a outro. A previsão da segunda parte do *caput*, por exemplo, não depende da ocorrência do que previsto na primeira parte. Tanto é assim que nada impediu a jurisprudência de tratar do assunto, antes mesmo de ser positivado no CDC.

Não obstante as valiosas observações a respeito da evolução da *disregard doctrine* constantes destes autos, inclusive dos votos anteriores, nada impede a constatação de que a legislação consumerista tenha ido além da tradicional doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, estudada principalmente em Direito Comercial. É o próprio Zelmo Denari, citado pelos recorrentes, que afirma ser *"a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em consideração a configuração da fraude ou do abuso de direito"* (in CDC comentado pelos autores do anteprojeto, Forense Universitária, 6.ª, 1999, p. 208).

De qualquer sorte, não há nada a indicar uma tipologia fechada, taxativa, para as hipóteses ensejadoras da aplicação da teoria da desconsideração. Como afirma Marçal Justen Filho *"não se trata, quando se enfoca a desconsideração, de 'punir a má-fé', por exemplo - senão de reprimir a disfunção. Se tal disfunção resulta de uma intenção imoral ou juridicamente reprovável, trata-se de outra questão"* (*Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro, apud* Guilherme Fernandes Neto, *O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor*, Brasília Jurídica, 1999).

E Fábio Ulhoa Coelho também advertiu:

"Finalmente, não se deve esquecer das hipóteses em que a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica

Superior Tribunal de Justiça

prescinde da ocorrência da fraude ou de abuso de direito. Somente diante do texto expresso da lei poderá o juiz ignorar a autonomia da pessoa jurídica, sem indagar da sua utilização com fraude ou abuso de direito" (Desconsideração da personalidade jurídica, apud CDC comentado pelos autores do anteprojeto, ob. cit., p. 208).

Não há nisso um completo esvaziamento da regra do art. 20 do Código Civil, já que a hipótese de que ora se cuida envolve relação de consumo e, como visto, a defesa do consumidor é tida como um dos pilares da ordem econômica, o que justifica o tratamento normativo especial.

No caso concreto, o Tribunal *a quo* examinou o obstáculo à reparação dos danos, deixando registrado o que se segue:

"O vulto da demanda e a decisão de procedência levam à conclusão de que existe - de alguma forma, como diz a lei, - obstáculo ao ressarcimento se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas.

São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral.

Verifica-se de imediato, ictu oculi, que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fls. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000 (dez mil reais), como se lê a fls. 74 do mesmo volume do já referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular.

Para chegar a conclusão tão evidente, conhecida de qualquer do povo, o juiz não precisa de perícia.

Por isso mesmo, pode ter desde logo como ocorrente a hipótese do art. 28 do CDC e ter por desconsideradas as pessoas jurídicas das rés.

Nem se recomenda que tal decisão fique para a execução, aumentando os riscos da efetiva reparação. Ainda

Superior Tribunal de Justiça

mais agora em que a procedência da ação é confirmada em segundo grau. (Sem falar no empenho redobrado que os administradores terão para que as próprias sociedades paguem a dívida...)" (fls. 2.020/2.021).

Em sede de recurso especial, é inviável rever tais conclusões, diante do disposto na Súmula n.º 7 desta Corte.

Ainda que assim não fosse, impende ainda considerar que, apesar de ter sido consignado no acórdão recorrido que para demonstrar as circunstâncias do art. 28, *caput*, seria necessário o exame de prova (fl. 2.019), tal não ocorre. A questão de fato tratada nos autos se refere à explosão ocorrida no Shopping de Osasco, tendo sido, inclusive, reconhecida a responsabilidade objetiva dos recorrentes. O fato é notório e prescinde de provas, sendo que sua existência, evidentemente, em momento algum foi negada.

Portanto, apesar de ter o acórdão recorrido consignado o contrário, observa-se que não há necessidade de provas para que se entenda como ocorrente uma das hipóteses do *caput* do art. 28, qual seja, o ato ilícito. No caso, tratou-se de evento (explosão e desabamento) contrário a direito e imputável a alguém com capacidade delitual (a empresa cuja personalidade se desconsiderou).

Postas tais considerações, seja pela autonomia da hipótese prevista no § 5.º do art. 28 do CDC, seja pela ocorrência de hipótese prevista no *caput* do mesmo dispositivo, voto pelo não conhecimento dos recursos.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2000/0097184-7

RESP 279273 / SP

PAUTA: 03/05/2001

JULGADO: 18/10/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ARMANDA SOARES FIGUEIREDO**

Secretária

Bela **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS
RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS
ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, não conhecendo de ambos os recursos especiais, e da retificação do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, não conhecendo de ambos os recursos especiais, resultou empate, devendo o julgamento ser renovado oportunamente."

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro.

Superior Tribunal de Justiça

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de outubro de 2001

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2000/0097184-7

RESP 279273 / SP

Números Origem: 195996 715024

PAUTA: 13/11/2001

JULGADO: 19/11/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ROBERTO FIGUEIREDO SANTORO**

Secretária

Bela **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS

ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS

RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS

ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Renovando o julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, conhecendo do primeiro recurso e dando-lhe parcial provimento, e conhecendo do segundo recurso e dando-lhe provimento, e dos Srs. Ministros Nancy Andrichi e Antônio de Pádua Ribeiro, não conhecendo de ambos os recursos, pediu vista o Sr. Ministro Castro Filho."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de novembro de 2001

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 - SP (2000/0097184-7)

RELATOR : **MINISTRO ARI PARGENDLER**
RECORRENTE : B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS
ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO
MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS
RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS
ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Trata-se, originalmente, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em relação a B-SETE PARTICIPAÇÕES S/A, respectivos administradores e conselheiros, e ADMINISTRADORA OSASCO PLAZA SHOPPING S/C LTDA, visando condená-los a reparar os danos morais e materiais sofridos pelas vítimas da explosão ocorrida no dia 11 de junho de 1996, no Osasco Plaza Shopping, com o valor da indenização a ser apurado em ulterior liquidação de sentença.

Julgado procedente o pedido, apelaram os réus, e a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformou, em parte, a sentença para *“afastar a responsabilidade solidária dos apelantes-administradores-pessoas físicas, que devem responder apenas subsidiariamente pela reparação do dano.”* (fl. 2.023, 11º vol.).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 2.039/2.045 e 2.047/2.052 - 11º vol.).

No recurso especial interposto pelas empresas (fls. 2.145/2.208), afirma-se violação aos artigos 6º, 330, I, 331 e 535, II, do Código de Processo Civil; 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625/93; 2º, 3º, § 2º e 14, § 3º, II, e 28, *caput* e § 5º da Lei nº 8.078/90; 20 do Código Civil e 158, I, § 1º, 1ª parte, da Lei das Sociedades Anônimas.

Superior Tribunal de Justiça

Sustentam ilegitimidade ativa do Ministério Público, sob o fundamento de que o uso da ação civil pública estaria limitado à proteção dos interesses difusos e coletivos e que, no âmbito do direito federal, a legitimação do *Parquet* para ingressar com a referida ação teria sido dilatada tão-somente para amparar direitos individuais indisponíveis. Assim, ressaltam que o acórdão guerreado, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos disponíveis, teria incorrido em afronta aos dispositivos supracitados. Também colacionaram julgados na tentativa de demonstrar o dissídio pretoriano.

Argumentam, por outro lado, que a pessoa que ingressa em um *shopping center* e não adquire nem utiliza produto ou serviço como destinatário final não pode ser considerada consumidora, daí não se justificar a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso vertente.

Também afirmam que o julgamento antecipado da lide teria caracterizado cerceamento de defesa, porquanto, tendo a lei estabelecido textualmente que o fornecedor não poderá ser responsabilizado se provar a culpa exclusiva de terceiro, não poderia a câmara julgadora decidir a demanda sem que lhes fosse dada a oportunidade de provar a culpa exclusiva de terceiros, responsáveis pela construção e fiscalização do *shopping*.

Por fim, acrescentam que, na hipótese, não seria possível a condenação dos membros do conselho de administração da empresa B - Sete Participações S/A, na medida que a desconsideração da personalidade jurídica não poderia ser operada sem que houvesse a prática de ato ilícito ou fraude por parte das pessoas físicas.

No segundo recurso especial (fls. 2.339/2.360), interposto pelos sócios administradores, os recorrentes sustentam, preliminarmente, contrariedade aos artigos 535, II, 458, III, 515, § 1º, e 596 do Código de Processo Civil; 28 do Código de Defesa do Consumidor; 20 do Código Civil; 10 do Decreto nº 3.708/19, e 158 da Lei nº 6.404/76.

Superior Tribunal de Justiça

Ponderam que o acórdão combatido não dirimiu a controvérsia à luz das normas regentes da matéria, restringindo a análise das questões ao disposto no citado artigo 28 da lei consumerista. Daí a necessidade do retorno dos autos ao tribunal estadual, para que seja proferida nova decisão, com o suprimento das omissões indicadas.

Asseveram ter a pessoa jurídica existência distinta da dos seus membros, e que os sócios-gerentes só respondem solidária e ilimitadamente para com a sociedade e terceiros pelo excesso de mandato ou em face de atos praticados com violação do contrato ou da lei, situação que afirmam não se encontrar presente na espécie, razão pela qual haveria de ser observada a regra geral de limitação de responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica.

Narram que a decisão colegiada teria afrontado o artigo 158 da Lei nº 6.404/76 – aplicável subsidiariamente às sociedades por cota de responsabilidade limitada – já que o administrador não poderia ser pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, destacando que o artigo 596 da legislação processual civil é expresso ao consignar que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, a não ser nos casos previstos em lei.

Também destacam que o acórdão hostilizado teria conferido interpretação literal ao § 5º, divorciada do comando inserto no *caput*. Alegam que a desconsideração da personalidade jurídica tem caráter excepcional, aplicável apenas mediante a ocorrência de fraude ou abuso de direito através do uso da personalidade jurídica como forma de obstaculizar a aplicação da lei, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Por derradeiro, observam que, mesmo sendo considerada legítima a interpretação dada ao referido § 5º, a manutenção da desconsideração da pessoa jurídica por fundamento diverso do mencionado na decisão singular constituiria novo fundamento de fato,

Superior Tribunal de Justiça

sobre o qual seria indispensável instrução probatória na instância inferior. Assim, apontam afronta aos artigos 458, III, e 515, § 1º, do Código de Processo Civil, porquanto não tiveram oportunidade de demonstrar a inocorrência do que restara presumido no acórdão quanto à insuficiência do patrimônio das pessoas jurídicas para indenizar os danos apurados.

Designado relator, o eminente Ministro Ari Pargendler proferiu voto no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, aos recursos, para, afastando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, excluir Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, assim como Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto dos efeitos da condenação, entendimento que foi secundado pelo Ministro Menezes Direito.

Inaugurando dissidência, no ponto, o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, que recebeu a adesão do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

A fim de melhor examinar a matéria, solicitei vista dos autos.

Tendo em vista a inter-relação entre as teses veiculadas em ambos os recursos, passo a julgá-los conjuntamente, deixando para enfrentar, por último, a questão relativa à desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar do único tema que suscitou divergência nos julgamentos precedentes.

De início, registro que o acórdão hostilizado não padece das omissões apontadas, mostrando-se insubsistente a alegação de que a controvérsia teria sido analisada apenas à luz do Código de Defesa do Consumidor, sem adentrar o órgão julgador na legislação indicada pelas partes. Em verdade, a jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento de que, na entrega da prestação jurisdicional, o tribunal não está obrigado a enfrentar todos os questionamentos suscitados pelas partes, se já tiver encontrado fundamento suficiente para motivar a decisão.

Superior Tribunal de Justiça

Não vislumbro, outrossim, a ocorrência de cerceamento de defesa em razão de não lhes ter sido oportunizado provar a ocorrência de fato de terceiro a excluir o seu dever de indenizar, porquanto entendeu o magistrado *a quo*, a meu sentir de forma escoreita, que *“os réus estão sendo demandados em razão de responsabilidade própria. Como titulares do shopping, em cujas dependências deu-se a explosão, respondem objetivamente pelos danos, independentemente de apurar-se ou não a responsabilidade de outros agentes que tenham participado da cadeia de causalidade. Contra esses, poderão os réus agir regressivamente, com ampla oportunidade para produzir prova.”*

Com efeito, para que se tenha por caracterizado o cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento de pedido de produção de prova, faz-se necessário que, confrontada a prova requerida com os demais elementos de convicção carreados aos autos, essa não só apresente capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também o conhecimento desse fato se mostre indispensável à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, também não vinga a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministério Público para a propositura da presente demanda, tendo em vista o que dispõem os artigos 81, III, e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor, que prevêem a legitimidade do órgão ministerial para a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos decorrentes de origem comum, que pode ser de fato ou de direito, e desde que esteja configurada a relevância social. Leia-se:

“Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: a defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

(...)

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim

Superior Tribunal de Justiça

entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82 – Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – O Ministério Público.”

Em consonância com esses dispositivos, registre-se que o artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor introduziu na Lei da Ação Civil Pública o artigo 21, que guarda o seguinte teor:

“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o CDC, dispositivos esses que tratam da defesa do consumidor em Juízo – art. 81 e seguintes.”

Em linha de princípio, apenas os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do Ministério Público. Não obstante, em determinadas situações, a relevância social da tutela perseguida a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos atribui ao *Parquet* a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo se tratando de direitos disponíveis, uma vez que há interesse geral da sociedade na solução do litígio, além de a discussão estar relacionada à segurança dos cidadãos.

A propósito, observa *Rodolfo de Camargo Mancuso*:

“(…) a nota da indisponibilidade (CF, art. 127, caput) pode, ainda, derivar do próprio interesse social em que seja prevenida a atomização dos conflitos coletivos, os quais, tratados fora dos esquemas de jurisdição coletiva, acabam gerando múltiplas demandas individuais, com os efeitos deletérios bem conhecidos: sobrecarga ao Judiciário, duração excessiva dos feitos, risco de decisões qualitativamente diversas. No ponto, Nery e Nery sustentam que a ação civil pública movida pelo Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos 'é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia erga omnes da coisa julgada (CDC, art. 103, III), evitando-se decisões conflitantes.” (Ação Civil Pública, São Paulo, Ed. RT, 7ª ed, pg. 115).

Superior Tribunal de Justiça

Outro não é o pensamento de *Hugo Nigro Mazzilli*:

“A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua abrangência. Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

Assim, se a defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo convier à coletividade como um todo deve o Ministério Público assumir sua tutela.”

Seguindo essa linha de raciocínio, a jurisprudência desta Corte reconheceu a existência de relevância social, admitindo a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão envolvendo regularização de loteamento destinado a moradias populares (Resp 404.759/SP, DJ 17/02/2003, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), decretação de nulidade de determinadas cláusulas tidas como abusivas em contrato bancário de abertura de crédito (Resp 292.636/RJ, DJ 16/09/2002, Rel. Min. Barros Monteiro), contrato de prestação de serviço por TV a cabo (Resp 308.486/MG, DJ 02/09/02, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito), tutela de direitos de adquirentes de apartamentos residenciais (Resp 187.668/DF, DJ 18/03/2002, Rel. Min. Ari Pargendler), fixação e cobrança de mensalidades escolares (Resp 168.881/DF, DJ 14/09/98, Rel. Min. Barros Monteiro), entre outros.

Assim, conforme enfatizou o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza no parecer ministerial de fls. 2.419/2.432,

“(…), os shoppings são freqüentados por um número cada vez maior de pessoas e famílias que, visando maior comodidade e segurança, utilizam os bens e serviços colocados à disposição dos consumidores. Por tal razão, o shopping center é atualmente considerado o principal centro de consumo da sociedade. Logo, a explosão em local freqüentado por milhares de pessoas gerou, indubitavelmente, uma sensação de insegurança coletiva. Por tal razão, é evidente o interesse de toda a coletividade de ver

Superior Tribunal de Justiça

ressarcidas as vítimas diretas da explosão.”

Colho, ainda, no âmbito do acórdão recorrido, os seguintes argumentos:

“ No caso, a origem comum foi a explosão verificada em 11.06.96.

Os apelantes apegam-se à frase 'no que for cabível' constante do referido art. 21 da Lei nº 7.347/85, entendendo que não cabe, no presente processo, a atuação do MP, que estaria se afastando de suas funções, constitucionalmente previstas.

A falha grave e irremediável da defesa dos apelantes e da opinião dos doutos pareceristas está na circunstância de haverem considerado isoladamente as relações jurídicas que se estabeleceram entre ofensor e vítimas.

Na verdade, não se trata de mera somatória de fatos isolados e de danos individuais.

(...)

Ignorou-se o fator catástrofe, que impõe tratamento jurídico diverso para todo o episódio e suas conseqüências.

Todas as vítimas passam a formar um grupo definível por um ponto comum, ou seja, o mesmo fato jurídico lesante. Nessas condições, muitas vezes até surgem associações dos infelizes.

Fatos de tal envergadura, quando oriundos de ato ou falha humana, lesam também uma infinidade de direitos difusos.

Foi o que se verificou no caso dos autos. Serviços hospitalares congestionados, serviços de socorro e de transporte com enorme sobrecarga, o mesmo se podendo falar dos serviços policiais, de trânsito, etc.

A notícia extravasou a comunidade de Osasco (por si só), atingiu o país todo e repercutiu no exterior.

A sensação de medo e de insegurança foi facilmente perceptível em toda Grande São Paulo, pelo menos, particularmente, entre os milhões de freqüentadores de shoppings.

Em tal ambiente, impõe-se necessariamente a atuação do Ministério Público da maneira mais eficaz possível. E a forma mais eficaz, para o caso, aquela que mais tranqüiliza a sociedade abalada pelo evento, é a que busca reparar pecuniariamente os prejuízos sofridos pelas vítimas diretas.”

Quanto à assertiva de ausência de relação de consumo também não assiste

Superior Tribunal de Justiça

razão aos recorrentes. O empreendedor e a administradora do *shopping* ostentam a qualidade de fornecedores na medida que centralizam num único local várias lojas, áreas de lazer e descanso, colocando à disposição dos consumidores bens e serviços – inclusive amplamente divulgados através de anúncios publicitários do próprio shopping -, com o escopo de atrair um número cada vez maior de frequentadores. Dedicam-se à organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados no complexo (*tenant mix*), percebendo os lucros respectivos, sendo evidente a autêntica relação de consumo estabelecida com os frequentadores.

Esse entendimento, aliás, encontra ressonância na doutrina, consoante se infere da lição de *Fábio Ulhôa Coelho*:

“O que distingue o empresário do shopping center dos empreendedores imobiliários em geral é a organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados em seu complexo (tenant mix). A idéia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em mesmo local, de cômodo acesso e seguro, a mais ampla gama de produtos e serviços. Em outros termos, deve haver um planejamento da distribuição da oferta, uma relativa organização da competição interna. Assim, as locações dos espaços devem atender às múltiplas necessidades do consumidor, de sorte que não faltem certos serviços (banco, correio, cinema, lazer, etc), mesmo quando há uma atividade central desenvolvida pelo shopping center (moda, utilidades domésticas, material de construção, etc).

(...)

Um empreendedor de shopping center, por sua vez, organiza o tenant mix, isto é, fica atento às evoluções do mercado consumidor, à ascensão ou decadência das marcas, às novidades tecnológicas e de marketing, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no seu complexo. Tudo com o objetivo de atrair o consumidor.” (Manual de Direito Comercial, São Paulo, 2003, 14^a ed., Saraiva, ps. 67/68).

Nesse mesmo sentido, conforme observa *Waldírio Bulgarelli*, citado por *José Geraldo Brito Filomeno*, ao comentar a obra Código Brasileiro de Defesa do

Superior Tribunal de Justiça

Consumidor:

“o consumidor aqui pode ser considerado como 'aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos', conceituação tal que, como se observa, não se ocupa apenas da aquisição efetiva de produtos e serviços, mas também com a potencial aquisição dos mesmos.” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro, 2001, 7ª ed., pg. 34).

Confluente com esse entendimento, observa a Professora Cláudia Lima Marques que “o CDC utiliza-se de uma técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, qual seja a de dividir os indivíduos entre consumidores (art. 2º, caput) e pessoas equiparadas a consumidor (parágrafo único do art. 2º). No campo extracontratual, o CDC considera suas normas aplicáveis a 'todas as vítimas do evento danoso' causado por um produto ou serviço, segundo dispõe o seu art. 17.”

Nesse passo, evidencia-se a subsunção da hipótese fática à norma prevista no artigo 17 do citado diploma legal, que disciplina a responsabilidade reparatória perante terceiros, denominados nos países da *common law* como *bystanders*, vale dizer, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, que vêm a sofrer prejuízos em razão do evento danoso, aqui representados por todos aqueles que se encontravam nas dependências do referido centro comercial e que vieram a sofrer as conseqüências desse trágico acidente.

Em consonância com essa orientação, as vítimas não são, ou não necessitam ser consumidores *stricto sensu*, mas a elas é aplicada a tutela especial do Código do Consumidor por determinação legal do referido dispositivo, já que os equipara aos consumidores.

Quanto ao tema de fundo, conforme anunciei, o Ministro Ari Pargendler, ao relatar o processo, proferiu voto no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, a ambos

Superior Tribunal de Justiça

os recursos, para determinar a exclusão dos mencionados sócios administradores do pólo passivo da demanda, à consideração de que o Código de Defesa do Consumidor só autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, se verificar uma das seguintes condições descritas no *caput* do artigo 28: 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.

Ao concluir o seu voto, salientou o ilustre ministro relator:

“(…), sem a presença de uma dessas circunstâncias, o suporte fático do artigo 28, caput, não se completa, e, portanto, não incide a aludida norma jurídica – nada importando que o § 5º aparente que a desconsideração da pessoa jurídica possa ser mero efeito da necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores, verbis:

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

Na técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do caput.”

Seguindo essa linha de entendimento, acompanhando o voto do relator, o Ministro Menezes Direito ponderou que, embora o § 5º autorize uma *“interpretação literal amplíssima”*, voltada para a proteção do interesse do consumidor, a sua aplicação dependerá de estar configurada uma *“maquinação para burlar o ressarcimento do prejuízo”*, vez que, *“A expressão 'de alguma forma' deve ser interpretada na linha mestra da doutrina, ou seja, para evitar que o devedor, por manobra ilícita, escape da obrigação de pagar o que é devido.”*

Com vista dos autos, a Ministra Nancy Andrichi inaugurou divergência, ao consignar que *“O referido dispositivo, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo*

Superior Tribunal de Justiça

e. Ministro Relator, sugere uma 'circunstância objetiva'. A nosso ver, contudo, a melhor interpretação deve ser dissociada do requisito da 'má administração' dos sócios administradores, contido no caput. Isso porque, no § 5º, expressamente, o legislador estendeu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por outras razões, sem enumerá-las, taxativamente, sendo o suficiente que causem 'obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores'."

Esse entendimento, afastando a relação de dependência do § 5º com o *caput* do artigo 28, foi reforçado, também em voto vista, pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, aos seguintes argumentos:

“Evidencia a independência do § 5º com relação ao caput a expressão que o introduz, ou seja, 'também poderá ser desconsiderada'. Assim, mesmo não ocorrendo as hipóteses enumeradas no caput, pode o julgador desconsiderar a pessoa jurídica quando sua personalidade constituir obstáculo ao ressarcimento dos consumidores lesados. De outra forma, seria indiscutível a inutilidade do texto do § 5º, pois é óbvio que, ocorrendo alguma ou algumas das hipóteses do caput, poderia ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, independentemente de haver ou não obstáculo à reparação. O intérprete poderia dizer, com acerto: houve abuso de direito, então o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica, antes mesmo de perquirir acerca do obstáculo que a personalidade possa causar ao ressarcimento do prejuízo dos consumidores.”

Inegavelmente, não é das mais felizes a redação do artigo 28 e seus parágrafos do Código de Defesa do Consumidor. Tanto que, quebra a técnica legislativa, não há outra forma de validar o parágrafo 5º senão acoplando-o diretamente como complemento do *caput*.

De outro lado, sem que haja necessidade de reprisar todo o esforço histórico sobre o qual se desenvolveu a teoria da *disregard doctrine*, entre tantas outras denominações,

Superior Tribunal de Justiça

missão já desenvolvida com extrema competência nos votos que me precederam, é de se lembrar, que, entre nós, uma conferência proferida por *Rubens Requião*, no fim da década de 60, é considerada como marco inicial sobre o tratamento do tema. É ainda de se destacar que, na tentativa de sistematizar o instituto em nosso país, conferindo melhor compreensão aos seus lineamentos, doutrinadores de escol, como *Fábio Ulhoa Coelho*, preferiram adotar a formulação subjetivista de Serick - responsável pela sistematização do instituto na Alemanha -, mas, com menor ênfase ao elemento intencional, para melhor adequá-la aos postulados da teoria do abuso do direito. Assim, enfatiza o respeitado doutrinador, que, salvo ante expressa disposição da lei, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente pode ser ignorada se esta houver sido utilizada fraudulenta ou abusivamente, devendo o ilícito caracterizar-se pelo uso da própria autonomia subjetiva da pessoa jurídica. Porém, sem prejuízo da contribuição de *Fábio Konder Comparato*, que adota o critério objetivo, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social.

O tema, indiscutivelmente, suscita grande dificuldade, seja por seu caráter inovador, seja pela falta de consenso na doutrina e na jurisprudência, quanto aos critérios a serem observados na sua aplicação, já que, sendo produto de construção jurisprudencial, nascido nos países de direito consuetudinário (Inglaterra e Estados Unidos), sua aplicação em outros países esbarra na dificuldade de elaborar um conceito abrangente, capaz de abarcar todas as hipóteses. Diante dessa dificuldade, cabe ao Judiciário a árdua missão de averiguar, com equilíbrio e bom-senso, em cada caso concreto, a possibilidade da sua aplicação, pavimentando o tortuoso caminho de interpretação da norma jurídica.

A esse fim, não podemos perder de vista que, se, por um lado, não podemos fazer tábula rasa do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, consagrado no artigo 20 do Código Civil, por ser ele indispensável ao incremento da atividade econômica no país, por outro, não podemos nos olvidar da especial atenção dispensada pelo legislador à defesa dos direitos do consumidor, erigidos que foram à garantia fundamental e princípio da ordem econômica, nos termos dos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, conforme a observação de *Cláudia Lima Marques*, “*O reflexo desta doutrina no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas.*”

Em relação à sistemática protetiva do Código, pondera, ainda, a festejada consumerista gaúcha:

“Em outras palavras, ao aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva. O Código de Defesa do Consumidor não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.”

Atento a essa verdadeira mudança de paradigmas, implementada a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, criou o legislador, pela norma do § 5º do artigo 28, uma nova hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, a partir de um critério objetivo, e a correlação desse parágrafo com o *caput* do mencionado artigo, avulta da própria literalidade da sua redação, ao dispor, textualmente, que “***Também*** poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica...” (grifei), indicando o advérbio em referência expressa condição de equivalência ou similitude em relação ao *caput*, a fim de facultar ao julgador, mesmo fora das situações ali descritas, desconsiderar a pessoa jurídica, quando sua existência constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Entender-se de outro modo, significaria retirar-lhe toda a eficácia, já que, diante de alguma das situações descritas no *caput* já seria possível levantar o véu da pessoa jurídica para alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, independentemente de haver qualquer obstáculo à reparação aos consumidores, sendo de se ressaltar que a alegação de que teria havido “*equivoco remissivo*”, ao recair o veto presidencial sobre o § 1º quando deveria ter recaído sobre o §5º, não se compadece com o nosso sistema de direito positivado, no qual a

Superior Tribunal de Justiça

lei vale por aquilo que está escrito. Daí presumir-se que o legislador não insere no texto palavras inúteis.

Em consonância com o já expendido, não vislumbro nenhum empeco à sua convivência simultânea com a regra do *caput*, podendo o julgador trabalhar com as duas hipóteses, sendo de se assinalar que o próprio Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto, ao comentar o referido dispositivo pontifica: “*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.***” (grifei) (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro, 2001, Ed. Forense Universitária, 7ª ed., p. 212).

Essa orientação, visualizando no referido preceito normativo hipótese objetiva de desconsideração da personalidade jurídica, encontra ressonância em outros diplomas legais, de que é exemplo a Lei nº 9.605/98, versando sobre as “sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, cujo artigo 4º assim dispõe:

“Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Na área do Direito do Trabalho, também existem decisões aplicando a *teoria da despersonalização* na execução de créditos trabalhistas, uma vez constatada a insuficiência do patrimônio societário para honrar tais compromissos.

Na hipótese em apreço, é de se salientar, reconheceu o acórdão recorrido existir obstáculo ao ressarcimento, se a responsabilidade ficar restrita às pessoas jurídicas, pois que “*são 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral*”, tendo anotado, ainda, o Des. José Osório, em seu bem fundamentado voto, que “*O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fls. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da*

Superior Tribunal de Justiça

Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), como se lê a fls. 74 do mesmo volume do já referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular.”

Por fim, alinho-me, ainda, à consideração feita pelo Ministro Antônio de Pádua, ao final do seu voto, no sentido de que a situação narrada poderia se subsumir até mesmo a uma das hipóteses do *caput* do artigo 28, qual seja, de ato ilícito, autorizando que os sócios fossem chamados a responder com seu patrimônio pessoal.

Como é de conhecimento geral, ato ilícito é aquele praticado com infração ao dever legal de não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no artigo 186 do novel Código Civil, que assim prescreve:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Esse dispositivo sucede, com maior amplitude, o artigo 159 do Cód. Civil anterior, que dizia:

“ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

O ato ilícito é fonte de obrigação de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado, em decorrência da infração a um dever de conduta, por meio de ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, da qual resulte dano para outrem.

Por esse prisma, o elemento subjetivo da culpa é o dever descumprido, representado, no caso vertente, de forma omissiva, na modalidade da negligência, ao deixarem os recorrentes de promover as medidas suficientes e necessárias para detectar, previamente, o vazamento do gás, antes que adviesse a tragédia, fato esse que independe de prova nos autos, vez que a ocorrência da explosão e os danos dela decorrentes foram expressamente admitidos pelos réus, que também aceitaram as conclusões do laudo técnico do Instituto de

Superior Tribunal de Justiça

Criminalística.

Caracterizado, assim, o ato ilícito, também por esse fundamento se justificaria a desconsideração da pessoa jurídica.

Ante o exposto, com a máxima vênia e costumeiras ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso.

É o voto.



Ministro CASTRO FILHO

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2000/0097184-7

RESP 279273 / SP

Números Origem: 195996 715024

PAUTA: 13/11/2001

JULGADO: 04/12/2003

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS

ADVOGADOS : ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS

RECORRENTE : MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS

ADVOGADO : ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, não conheceu de ambos os recursos especiais."

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrichi os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

Superior Tribunal de Justiça

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 04 de dezembro de 2003

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

