



REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL

Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu*
em Direito Processual da UERJ

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira

ISSN 1982-7636 - Estrato B3 Qualis

www.redp.com.br

Ano 8. Volume XIV

Julho a Dezembro de 2014

Rio de Janeiro

OS DIÁLOGOS ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ¹

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Professor Titular de Teoria Geral do Processo da UERJ

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apontar algumas semelhanças e influências entre os institutos presentes no projeto do novo Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Código de Processo Civil – projeto – Código de Defesa do Consumidor

Abstract: This paper aims to point out some similarities and influences between the legal institutes established in the bill of Civil Procedure Rules and the Consumer Defense Code.

Key words: Civil Procedure Rule – bill – Consumer Defense Code

Um dos aspectos mais importantes no que respeita a relação a ser exposta nesta palestra refere-se à principiologia do novo Código de Processo Civil, que é bastante similar àquela do Código de Defesa do Consumidor, notadamente no que toca a parte processual.

Quando se fala em Código de Defesa do Consumidor, logo se pensa em hipossuficiência, ou seja, em proteção quase que total do consumidor litigante.

Esta não me parece a realidade e, efetivamente, não é aquilo que o CDC quis (e quer) transmitir. O que existe, nesta seara, é o benefício da dúvida. No momento em que determinado valor processual estiver em jogo, e quando este possa causar algum tipo de desequilíbrio no duelo processual, deve-se optar pela vertente que favoreça ao consumidor, de sorte que os ônus surgidos sejam transferidos para a outra parte.

¹ Palestra proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) em março de 2014.

E este fenômeno não ocorre só do ponto de vista processual. Ele também ocorre no próprio âmbito do direito material; basta citar um único dispositivo, o artigo 47 do CDC – o qual estabelece que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” – para que se perceba esta ideia retratada pelo CDC.

O novo CPC, como afirmava anteriormente, tem uma principiologia próxima, quase similar, ao Código de Defesa do Consumidor. A finalidade do processo, como todos sabemos, é a de permitir uma resposta que componha o conflito de interesses da forma mais justa possível, dando a cada um aquilo que efetivamente tem direito de obter.

Neste sentido, logo no início do novo CPC, no primeiro capítulo do Código, ao tratar das normas fundamentais do processo civil, nós temos o artigo 7º, que assim dispõe: “É assegurada as partes paridade de tratamento no curso do processo competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”. Essa previsão encontra-se na última versão do projeto do novo Código, aprovado pela Câmara dos Deputados. O novo texto modificou a redação de um artigo anteriormente proposto pela Comissão do Senado que dizia, expressamente, que o juiz teria que velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.²

A redação da versão apresentada pela Comissão do Senado causou polêmica, pois a utilização do termo “hipossuficiência técnica” foi entendida como um desprestígio ao advogado. Não foi esta a intenção da referida Comissão, mas sim a de que o juiz pudesse interferir e usar mecanismos para que o eventual desequilíbrio da relação processual, inclusive do ponto de vista técnico, não comprometesse o contraditório e a finalidade do processo, que é a de permitir que o vencedor seja aquele que detém o melhor direito.

Ainda nesta linha, o novo CPC introduziu – agora de forma expressa, mas com redação diversa – um dispositivo que já existia desde há muito no CDC. Trata-se, especificamente, da regra sobre a inversão do ônus da prova, prevista no art. 380, §1º, da versão do novo CPC aprovada pela Câmara dos Deputados, que assim estabelece: “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada”.

Para fins de comparação das versões apresentadas e de comprovar o que se expôs, a redação da Comissão do Senado assim dizia: “considerando as circunstâncias da causa e as

² Eis a redação: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.”

peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da causa, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”.

Sobre o aspecto discutido, o Código de Defesa do Consumidor já estabelecia algo similar no art. 6º, inciso VIII, ao dispor que para fins de “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Na época, a legislação consumerista trouxe uma excelente novidade, que, pela redação do dispositivo legal, permitiu uma interpretação no sentido de que bastava à parte demonstrar sua hipossuficiência, ou mesmo a verossimilhança da alegação, para a inversão imediata do ônus da prova.

Todavia, essa interpretação não é minimamente razoável. O que autoriza a inversão do ônus da prova é a dificuldade, a extrema onerosidade, para que uma das partes se desincumba da prova de um fato relevante, ao passo que a outra poderia fazê-lo com mais facilidade. Em última análise, a prova do fato é fundamental para que o juiz possa dizer quem tem razão e, notadamente, não se pode exigir tal prova de quem não possa produzi-la. Aliás, esta regra vale para qualquer tipo de processo, não apenas as relações de consumo, mas para toda relação jurídica de direito material, desde que a finalidade e os objetivos dos conteúdos dos processos em discussão sejam exatamente os mesmos: a justiça da decisão.

Ora, não existe justiça na decisão sem a possibilidade de reconstituição dos fatos relevantes, o que se dá através da prova dos fatos discutidos. Portanto, existe aqui uma convergência muito importante entre o CDC e o novo CPC, sendo certo que a redação do projeto do novo Código processual dispõe de forma mais precisa como e em quais circunstâncias deverá ocorrer a inversão do ônus da prova.

Inclusive, o novo CPC prevê, expressamente, que nos casos de inversão, “(...) o juiz deverá dar a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”. Tal situação é bem diferente do que temos visto na aplicação da regra do CDC, quando o juiz inverte o ônus da prova na sentença, impedindo a parte, a quem ele foi redirecionado, do cumprimento de seu mister.

Aliás, na atual metodologia da legislação consumerista, eu diria que a parte, para cumprir o seu ônus da prova (invertido pelo magistrado), deveria ter poderes sensitivos, “ter uma bola de cristal”, afinal precisaria antever a possibilidade de o juiz inverter o ônus, e ela, originalmente sem

essa obrigação, teria que se antecipar e produzir a prova do fato relevante. A ilação é absurda, porém não deixa de ser real.

Coadunando com as modificações acima expostas, o novo CPC, na versão apresentada pela Câmara dos Deputados, também indica um aumento dos poderes do juiz na condução do processo; todavia, essas previsões diferem do projeto original.

Na versão do Senado Federal, o juiz tinha maiores poderes para a flexibilização do procedimento. Exemplificando, admitia-se, excepcionalmente, a modificação da causa de pedir, do pedido, até a sentença, tudo visando a facilitação no atendimento do direito material discutido. Ademais, o magistrado também seria dotado de poderes para tomar medidas para conferir maior efetividade ao processo; como a permissão de expedição de ordens mandamentais e sub-rogorias, inclusive com a requisição de força policial, para fazer cumprir o comando exequendo.

A atual redação da Câmara foi mais parcimoniosa, até porque muitos advogados e representantes de associações que compareceram às audiências públicas realizadas para discutir o novo CPC questionaram o modelo originalmente proposto, com críticas direcionadas ao prejuízo do andamento do processo.

Ora, é evidente que tanto a inversão do ônus da prova, que há pouco falamos, como a flexibilização do procedimento, assim como a possibilidade da alteração do pedido ou da causa de pedir, só poderiam ser feitas ou adotadas – e assim estava previsto no projeto do Senado Federal – desde que não houvesse prejuízo para o andamento do processo, para o contraditório e, portanto, para a sua efetividade. O que se pretendeu com a versão original do projeto do novo CPC, a toda evidência, foi facilitar e permitir que o processo pudesse terminar sem novas repetições, de forma rápida e segura.

Mas, conforme afirmado, a versão aprovada na Câmara dos Deputados produziu algumas modificações na flexibilização do procedimento. Mais pobre, a redação do artigo 139, §6º, atualmente dispõe “que o juiz poderia dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os as necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade a tutela do direito”.

A leitura do referido dispositivo denota a proibição da alteração do pedido e da causa de pedir que existia na versão original do projeto, mantendo-se, neste aspecto, a situação como hoje é regulada pelo Código vigente – ou seja, a parte autora somente pode modificar os elementos da ação, por si, até a apresentação da contestação. Lado outro, a nova redação manteve a linha

evolutiva no que tange à permissão da adoção de medidas coercitivas e sub-rogoratórias para assegurar a efetividade da decisão judicial.

E no que se refere ao projeto de modernização do CDC, entregue ao Senado Federal e já submetido a discussão pela Casa Legislativa, percebe-se que ele adotou os dispositivos que foram propostos pela versão original do novo CPC, no sentido de permitir a alteração do pedido e da causa de pedir em determinadas circunstâncias. Eis a redação do artigo 90-A, §4º: “nas ações coletivas a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar”.

Nós sabemos, e isto evidentemente ocorre muitas vezes nos processos ligados ao direito do consumidor, que após uma perícia, ou mesmo depois da instrução probatória, algumas questões surgidas podem determinar a não adequação do pedido formulado pela parte com a sua pretensão. A mesma situação se verifica para a causa de pedir, que não sendo cogitada pela parte inicialmente, mas caso surgisse com produção das provas, no momento de proferir a sentença o juiz estaria impedido de utilizá-las, sendo obrigado a julgar improcedente o pedido. O fundamento para tanto seria que ele, o magistrado, não poderia examinar aquela nova causa de pedir ou modificar o pedido, a não ser por ação própria.

Nestes casos, observado o contraditório e, portanto, a possibilidade de manifestação das partes, é de todo recomendável que o juiz possa prestar de forma definitiva a jurisdição, na medida em que o processo já está pronto para ser julgado – seja com a original ou com a nova causa de pedir surgida, seja com o pedido inicialmente formulado ou com o outro mais adequado à pretensão objetivada.

Enfim, o novo CPC – pelo menos na versão da Câmara dos Deputados – não traz essa possibilidade, o que, infelizmente, também é observado na legislação consumerista vigente. De toda forma, o projeto de modernização do CDC tem a proposta de modificação nos termos expostos, a qual espero que venha a ser aprovada.

Aliás, o que nós estamos falando aqui, e eu vou repetir mais uma vez, é da principiologia do novo Código. Ela é bastante similar, porque tanto no CDC, como em qualquer processo, o que se quer é que as partes tenham todas as facilidades para que aquele conflito possa ser resolvido de forma justa. É preciso adequar o processo enquanto instrumento para a realização da justiça,

concedendo poderes para que as decisões sejam realmente efetivadas, e não como sói ocorrer em muitos casos quando sequer são cumpridas.

Uma outra novidade do novo CPC que, a meu sentir, terá grande relevância nas ações que envolvam consumidores, diz respeito à tutela da evidência.

A tutela da evidência está no livro que aborda a tutela antecipada, isto porque trata-se de uma espécie desta, só que com requisitos outros que não a urgência. Assim, a grande diferença na tutela da evidência é que ela não exige a demonstração do perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional, ou seja, prescinde do *periculum in mora*.

Na versão atual, permite-se tal modalidade de tutela quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, situação corrente nas relações de consumo, principalmente nos processos que se repetem. Também é possível a incidência da tutela da evidência, de acordo com a redação do novo CPC dada pela Câmara dos Deputados, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A tutela da evidência, doutrinariamente, como o próprio nome está dizendo, tem por finalidade permitir uma decisão imediata naqueles casos em que a prova documental, à semelhança do mandado de segurança e do *habeas corpus*, é absolutamente suficiente para demonstrar o direito alegado, e quando a parte contrária não opuser prova que possa desmerecer aquelas já apresentadas. Enfim, é uma verdadeira ação documental.

Mas, foi no projeto apresentado pelo Senado Federal que toda a potencialidade da tutela da evidência foi observada. A simples leitura do art. 285, inciso III, demonstra referido fato, o qual destaca que, quando “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”. O inciso IV, do mesmo dispositivo, também ressalta o melhor tratamento da questão pela Comissão do Senado, pois alerta para a aplicação do instituto quando houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante.

Enfim, nas relações de consumo existem inúmeras situações nas quais a prova documental é suficiente e bastante para determinar a evidência do direito, principalmente se conjugarmos tal prova com as práticas abusivas previstas no CDC, como no caso da proteção contratual e tantas outras que exigem documentos com determinadas características para sua validade e eficácia – v.g., contratos redigidos de forma adequada e com as melhores e mais amplas informações, etc.

É no campo das ações coletivas, todavia, que se verifica a maior influência processual do novo CPC no Código de Defesa do Consumidor.

Como nós sabemos, infelizmente, as ações civis públicas não estão dando conta do recado. Não estão funcionando de modo a assegurar a efetiva proteção do consumidor. Para comprovar o exposto, basta observar a regra que limita a coisa julgada à competência territorial do juiz prolator da sentença (art. 16, da Lei 7.347/85, com redação alterada pela Lei 9.494/97), norma esta que restringe o direito de milhões de consumidores que poderiam ser, mas não são, beneficiados pela decisão.

Por outro lado, existem centenas e centenas de ações individuais sem que haja, muitas vezes, uma ação civil pública que cuide do mesmo tema. A demora no julgamento de um processo que possa ter abrangência nacional e vinculação obrigatória para todos os outros na mesma situação é imensa, basta lembrar o exemplo dos planos econômicos: mais de 20 anos se passaram e ainda aguardamos uma diretriz do Supremo Tribunal Federal.

O Novo CPC procurou resolver esses problemas.

Em primeiro lugar, a Comissão original que redigiu a projeto do novo Código criou o incidente de resolução de demandas repetitivas. O instituto objetiva, justamente, permitir que determinados direitos violados – eu diria até predominantemente dos consumidores –, os quais se repetem em milhares de processos por todo o país, pudessem ter uma solução rápida, eficaz e com abrangência regional ou nacional, dependendo do tipo de direito em jogo. O incidente de resolução de demandas repetitivas recebeu pequenas modificações de estrutura na versão do projeto do novo CPC apresentada pela Câmara dos Deputados.

É importante que se entenda como funciona referido incidente. O art. 988 do novo CPC, na última versão apresentada pela Câmara dos Deputados, basicamente na mesma linha daquela apresentada pelo Senado, diz que é admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa a isonomia e a segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

O incidente tem a vantagem de ser suscitado desde logo, bastando que exista controvérsia sobre a mesma questão de direito.

No projeto do Senado havia a possibilidade de o incidente ser preventivo e iniciado em primeiro grau de jurisdição, de sorte a permitir que aquela questão relevante, com uma potencialidade imensa de multiplicação de processos e capaz de gerar insegurança jurídica, pudesse ser julgada o mais rápido possível. Ao final, a decisão extraída teria o condão de alcançar, no

primeiro momento, todas as pessoas dentro do Estado em que foi suscitado e, posteriormente, através dos recursos especial e/ou extraordinário, todo o território nacional.

A redação atual do novo CPC – versão proposta pela Câmara –, no que toca a iniciativa, está assemelhada à vigente uniformização de jurisprudência, que é um instituto muito pouco utilizado. Isto porque, pelo novo Código, o incidente só pode ser suscitado perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. A única vantagem aqui – na redação da Câmara – é que ele pode ser requerido diretamente ao Presidente do Tribunal, pelas partes, pelo Ministério Público e, também, por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente. Isso tem inspiração direta no Código de Defesa do Consumidor.

Independentemente da crítica apontada, a instauração do incidente no Tribunal ou no primeiro grau de jurisdição é de pouca importância, o que se espera é que ele seja efetivamente utilizado.

E o procedimento do incidente é muito interessante e relativamente rápido. A Presidência do Tribunal encaminha para o órgão competente, que é aquele encarregado de uniformizar a jurisprudência, normalmente o Órgão Especial. Designado um relator, ele determinará a oitiva das partes e do Ministério Público. Verificada a admissibilidade do incidente, com o preenchimento dos pressupostos que o autorizam, todos os processos no âmbito daquele Estado onde o conflito foi suscitado ficam suspensos. A exceção à suspensão fica por conta das medidas de urgência, que podem ser requeridas ao próprio juiz de primeiro grau, ou a possibilidade de um pedido de distinção entre a causa e o objeto do incidente, requerimento este a ser realizado no processo individual suspenso, cujo exame também competirá ao juiz de primeiro grau.

Aliás, esta faculdade conferida à parte de apresentar pedido de distinção entre sua causa e o incidente suscitado é muito importante, pois com a suspensão generalizada de processos, pode ocorrer o represamento de demandas cujo pano de fundo seja diverso ou cuja discussão envolve questões outras que não o objeto em si do incidente. Vou dar um exemplo: caso dos planos econômicos. Os processos que tratam desta matéria, e que devem estar suspensos por força daquele que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, são apenas aqueles que analisam a responsabilidade pelo pagamento dos expurgos inflacionários. Assim, os demais casos que abordam essa questão de fundo, mas nos quais estão sendo discutidas questões processuais ou matérias diversas da finalidade do incidente, como por exemplo, prazo decadencial para propositura de ação civil pública, não devem e não podem ficar sobrestados.

Em razão da disparidade entre as matérias discutidas – a do exemplo suscitado, como visto, reflete conteúdo infraconstitucional, enquanto a análise do STF envolve matéria constitucional – não se pode suspender todo e qualquer processo que tenha por base uma situação relativa ao plano econômico, ainda mais quando ausente relação entre o tema em discussão e o objeto do recurso a ser julgado pelo Supremo.

Em continuação, instaurado o conflito, suspensos ou não os processos, o incidente deve ser cadastrado num banco de dados eletrônico dos Tribunais, além de ser encaminhado para que o CNJ insira-o em um cadastro nacional, de sorte que se possa identificar, em todo o país, quais são aquelas matérias objetos de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Apresentadas as provas, convocados os *amici curiae* – nestes casos é necessário incentivar a mais ampla possibilidade de intervenção de terceiros –, e oportunizada a participação ao Ministério Público, segue-se o procedimento com o julgamento do incidente. Da decisão proferida pelo Tribunal é cabível tanto o recurso especial como o extraordinário, ambos com efeito suspensivo. A atribuição do efeito suspensivo justifica-se pois, o que se quer, na realidade, é que o STJ ou o STF possam pronunciar-se sobre o incidente. E o grande motivo para tanto é que o julgamento do incidente pelos Tribunais Superiores permitirá que a decisão tenha incidência em todo o território nacional – inclusive, e se for o caso, a decisão poderá ser aplicada para as demandas futuras.

No que se refere ao instituto discutido, e para fins da seara consumerista, de grande importância se mostra a previsão do art. 995, §2º, do novo CPC, cuja redação destaca: “Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou a agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação.”

A redação do dispositivo abrange os serviços concedidos, tais como: telefonia, energia, transportes, rodovias, etc. Todas essas questões interessam, diretamente, ao consumidor. E pelo texto da norma destacada, percebe-se que o cumprimento da decisão proferida no incidente deve ser feito já no âmbito administrativo, através das agências reguladoras que fiscalizam os responsáveis pela prestação dos serviços. O dispositivo permite, assim, que em situações idênticas, o órgão governamental possa exigir dos concessionários igual tratamento para todos os consumidores.

Outra matéria relevante que afeta diretamente o Código de Defesa do Consumidor, e que vem expressamente tratada no novo CPC, é o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar do avanços econômico-sociais alcançados pela sociedade com a constituição da teoria da personalidade jurídica, é necessário o estabelecimento de normas visando coibir abusos, fraudes ou outros meios que possam comprometer os fins desta magnífica criação jurídica.

Conforme antevisto, o legislador já havia criado um mecanismo para coibir tais práticas ilegais: a desconsideração da personalidade jurídica. Este instituto prevê a possibilidade da responsabilização pessoal do sócio através do comprometimento de seu patrimônio ou de outra pessoa jurídica coligada.

No entanto, doutrina e a jurisprudência costumam fazer uma distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil, com aquelas outras estabelecidas no Código Tributário Nacional (artigo 135) e na Lei das Sociedades Anônimas (artigo 158), que preveem a responsabilidade direta dos sócios ou administradores por dívidas sociais. Costuma-se dizer que estas últimas enquadrar-se-iam dentro da denominada teoria menor, e poderiam até ser tidas como objetivas, ou seja, não seria necessário perquirir o abuso, a culpa, a infração à lei ou ao estatuto para determinar a desconsideração. Lado outro, a previsão estampada no Código Civil, exigiria do sócio a configuração do desvio de finalidade ou a confusão patrimonial e por estabelecer condições, seria denominada de teoria maior da desconsideração.

No que toca especificamente ao CDC, também há uma divisão doutrinária e jurisprudencial sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Há quem considere que o *caput* do artigo 28 do CDC abrigaria a teoria maior. Isto porque exigiria como pré-requisito para configuração do instituto uma das seguintes hipóteses: abuso do direito; excesso de poder; infração da lei, do fato ou do ato ilícito; violação aos estatutos ou ao contrato social. Ademais, caso a análise perpassasse por situações que envolvam falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, a má administração deveria ser analisada como pré-requisito. Notem bem, toda a linha do CDC é no sentido de que é necessário a configuração de uma condição para a aplicação da desconsideração.

Todavia, outra parte da doutrina e da jurisprudência entendem que a desconsideração da personalidade jurídica na legislação consumerista estaria ao abrigo da chamada teoria menor. Estes defensores justificam sua posição no art. 28, §5º, do diploma consumerista, que assim dispõe:

“também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

O entendimento aqui é que basta à pessoa jurídica deixar de pagar as dívidas contraídas com o consumidor, ou mesmo que não possa cumprir o contrato (ou qualquer que seja a obrigação assumida), para que os sócios sejam subsidiariamente responsáveis.

Nessa linha de juízo, nós acabamos com a teoria da personalidade jurídica das empresas que, em regra, não se confunde com a pessoa dos sócios. Aliás, no campo do direito material, e no meu modo de ver, essa interpretação não seria minimamente razoável. Exemplifico: vamos imaginar o caso das empresas que vendiam produtos que se tornaram obsoletos em razão do avançado estágio de modernidade; como ficaria a responsabilidade dessas empresas que não podem arcar com as obrigações contraídas com os consumidores, deveria recair a responsabilidade recair diretamente sobre os sócios?

Os que perfilam a teoria menor da desconsideração responderiam afirmativamente, os que adotam a teoria maior, não necessariamente.

Daí o novo CPC. Ele não fez qualquer distinção entre as teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica. E isso porque é necessário que tenha ocorrido infração a lei, ao contrato social, ato abusivo, confusão patrimonial, ou qualquer outro requisito, para que se possa falar em possibilidade de desconsideração.

A previsão legal veio como salvaguarda não apenas ao direito do consumidor, mas também para nós, que advogamos na área cível, onde a desconsideração é tratada como banalidade. No atual nível, basta que as pessoas jurídicas não cumpram com as obrigações assumidas perante outrem para que tenham contra si desconsiderada a personalidade jurídica.

O novo CPC, nos artigos 133 a 137, estipula a necessidade de instauração de um prévio incidente de desconsideração de personalidade jurídica, cujo procedimento deve ser observado para que a demanda seja direcionada contra os sócios da empresa.

Assim, e apenas em termos gerais, pelas previsões do novo CPC, observa-se, por exemplo, que a desconsideração não pode mais ser determinada de ofício pelo juiz. É preciso que haja um incidente, que exista um pedido do sujeito processual e que a parte contrária tenha direito ao contraditório. Ademais, o incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, desde que resguardado a ampla possibilidade de manifestação, inclusive permitindo-se produzir provas. Concluída a instrução, sobrevém a decisão, impugnável por agravo de instrumento.

Hoje, ou melhor, quando o novo CPC estiver em vigor, nós teremos uma regra clara para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual servirá, inclusive, para a justiça do trabalho – tudo por força do artigo 15, do novo diploma que se avizinha. E, a meu ver, o incidente deve ser instaurado independentemente da teoria da desconsideração que se defenda, seja a menor, seja a maior.

Essa procedimentalização me parece extremamente adequada. Nós temos um terrível costume no Brasil de considerar as pessoas ou as empresas desonestas, até prova em contrário.

Os institutos jurídicos, sejam os de direito material, sejam os de direito processual, foram feitos para funcionar em conformidade com os princípios e valores que informam o Direito de cada nação. No nosso caso, a boa-fé, a igualdade, o devido processo legal e assim por diante. Justamente por isso é que as previsões do novo CPC se revelam de bom grado à sociedade, principalmente aos consumidores, que esperam ter suas lides resolvidas com mais transparência e efetividade.

Rio de Janeiro, março de 2014.